



**RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DEL
ÓRGANO DIRECTIVO DE LA EMPRESA:
FUNDAMENTOS DE IMPUTACIÓN**

Tesis Doctoral que presenta

el doctorando SÉRGIO BRUNO ARAÚJO REBOUÇAS,

para la obtención del Grado de Doctor en Derecho

por la Universidad de Sevilla,

bajo la dirección del

Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* MIGUEL POLAINO NAVARRETE

Curso 2016/2017

Dedicada a

Roberta, Cecília, João y Helena

SUMARIO

Abreviaturas	17
Introducción	21

CAPÍTULO I

***DIMENSIONES CRIMINOLÓGICA Y POLÍTICO-CRIMINAL DEL
PROBLEMA: LAS BASES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO
Y DEL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA***

I. La <i>macro-criminalidad económica</i>: evolución histórica y características contemporáneas	29
A) Criminalidad de cuello blanco, criminalidad de los poderosos y criminalidad organizada	30
B) El concepto de <i>macro-criminalidad económica</i> , como fenómeno criminológico	36
II. Delimitación conceptual del Derecho Penal económico: criterios	42
III. El criterio del bien jurídico: supraindividual y económico	50

A)	La noción de bien jurídico como imperativo democrático	51
B)	El concepto de bien jurídico de trascendencia económica y supraindividual	57
IV.	Derecho Penal de la empresa: delimitación de su ámbito conceptual, frente al Derecho Penal económico	62
V.	Derecho Penal del Riesgo y expansión del sistema penal	68

CAPÍTULO II

PRINCIPALES PROBLEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL

I.	Consideraciones generales	79
II.	La responsabilidad penal de la empresa	80
A)	La problemática de la responsabilidad de las personas jurídicas: aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos	82
B)	Referencias en torno al Derecho comparado	86
C)	Derecho Penal español actual	93

III. La responsabilidad de los órganos y representantes	
de la empresa	101
A) La responsabilidad del representante	101
B) El actuar en nombre de otro en Derecho Penal:	103
la responsabilidad el empresario en el marco	
de los delitos especiales propios	
IV. La particular relevancia de la responsabilidad	
del órgano directivo	109
A) Dimensión criminológica y político-criminal	109
B) Principales problemas jurídico-penales	113
C) Derecho Penal internacional. El ejemplo del	115
Reino Unido	

CAPÍTULO III

ESTRUCTURA ONTOLÓGICA Y SIGNIFICADO

NORMATIVO DE LA OMISIÓN

I. La conducta típica: acción y omisión	123
II. La omisión penalmente relevante: problemas de causalidad	127
A) Causalidad natural y causalidad normativa	127

B)	Deberes negativos, deberes positivos, solidaridad y deberes de garantía	129
----	--	-----

CAPÍTULO IV

IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN: SUPUESTOS Y CRITERIOS NORMATIVOS

I. Constitucionalidad de la omisión impropia:

principio de legalidad y cláusula de correspondencia 143

A) El principio de legalidad y la cláusula de correspondencia 143

B) ¿Tipos especiales de omisión? 149

C) Hipótesis normativas expresas: ley, contrato 153

y actuar peligroso precedente

1) Las fuentes formales de los deberes de garantía 153

2) Ley 156

3) Contrato 158

4) Injerencia 162

III. Fundamentos *normativos* de la imputación: origen,

contenido y límites del deber de garante 167

A) Consideraciones iniciales 168

B)	Libertad de autodeterminación personal y deberes de garantía	171
C)	Doctrina alemana: proximidad social, dependencia, dominio y organización	174
	1) Proximidad social: estrecha relación vital, comunidad de vivienda y proximidad al bien jurídico o a la fuente de peligro	175
	2) Dependencia	178
	3) Dominio	179
	4) Competencia de organización	186
D)	Doctrina española	191
	1) Proximidad al bien jurídico y a la fuente de peligro y organización	191
	2) Identidad estructural entre acción y omisión	193
	3) Dominio social	196
	4) Desestabilización de un foco de peligro preexistente	197
E)	Toma de posición: previsibilidad y asunción específica del riesgo	202

CAPÍTULO V

IMPUTACIÓN POR OMISIÓN IMPROPIA EN SUPUESTOS ESPECIALES: DELITOS DE MERA ACTIVIDAD Y DELITOS DE RESULTADO. DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

I.	Consideraciones iniciales	219
II.	Delitos de mera actividad y delitos de resultado: concepto jurídico y concepto naturalístico de resultado	220
III.	La primera pregunta: ¿hay omisión impropia en los delitos de mera actividad?	229
IV.	Delitos de peligro y delitos de lesión: problemas de causalidad y de resultado	236
A)	Delitos de peligro abstracto	240
B)	Delitos de aptitud para la producción de un daño, de peligro hipotético o de peligro intrínseco	252
C)	Sobre la causalidad en los delitos de peligro abstracto y en los delitos de peligro hipotético, con referencia a los tipos comisivos	257
D)	Delitos de peligro concreto: causalidad real de	259

una situación material que suponga un peligro
de daño al bien jurídico

V. La segunda pregunta: ¿hay omisión impropia en los delitos de peligro?	263
VI. Imputación del resultado de peligro concreto a título de comisión por omisión	271

CAPÍTULO VI

ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL DE LA EMPRESA Y RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL ÓRGANO DIRECTIVO

I. Consideraciones iniciales	279
II. La empresa como estructura y actividad organizada: principios de jerarquía, de división de trabajo y de gestión de riesgos	280
III. Riesgos propios de la empresa: riesgos socio-económicos de procedencia externa	288
IV. Riesgos estructurales intrínsecos de la empresa: riesgos de responsabilidad del órgano de administración	290
A) Significado y alcance	291

B)	Los sistemas de <i>compliance</i>	294
C)	El régimen de <i>compliance</i> introducido en el Código Penal español por la Ley Orgánica 1/2015	302
V.	Responsabilidad por omisión del órgano directivo de la empresa: deberes objeto del Art. 31 <i>bis</i> 2. del Código Penal y problemas adicionales de imputación	305

CAPÍTULO VII

COMISIÓN POR OMISIÓN DEL ÓRGANO

DIRECTIVO DE LA EMPRESA

I.	Supuestos de imputación objetiva por omisión impropia del administrador de la empresa: delitos de resultado	317
II.	Fuentes formales del deber de garante del empresario: ley, contrato e injerencia	322
	A) Ley y contrato	322
	B) Injerencia	333
III.	Dominio y asunción específica	337
IV.	La responsabilidad por la propia organización, con exclusión de terceras personas	346

V.	Imputación objetiva del resultado del delito: rol del órgano directivo, asunción específica, competencia de organización y dominio del riesgo desaprobado	354
A)	El rol del órgano directivo: organización y riesgo desaprobado	354
B)	La asunción específica del riesgo desaprobado	366
VI.	Posible referencia a criterios de imputación por omisión propios del marco empresarial: el principio del incremento del riesgo y la causalidad del resultado	368

CAPÍTULO VIII

PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE IMPUTACIÓN EN EL SENO DE LA EMPRESA: DELEGACIÓN Y COMPARTICIÓN DE RIESGOS

I.	El problema de la delegación de la posición de garante	379
II.	La responsabilidad del delegante y la responsabilidad del delegado: compartición de riesgos, deberes primarios y deberes secundarios de garantía	389
A)	Deberes primarios (control de la fuente de riesgo) y deberes secundarios (supervisión) de garantía	390

B)	Forma y contenido de la delegación	401
C)	¿Reactivación en el delegante de los deberes primarios de garantía?	406
III.	La delegación de la supervisión de mecanismos de vigilancia y control (art. 31 bis. 2. del CP)	410

CAPÍTULO IX

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL

ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

POR OMISIÓN DEL ÓRGANO DIRECTIVO

I.	Consideraciones generales	423
II.	Conceptos de autoría y participación como formas de intervención delictiva	425
A)	Aportes doctrinales: autoría y dominio del hecho	425
B)	Derecho Penal español	428
C)	Derecho Penal comparado	434
III.	Autoría mediata: ¿aparatos organizados de poder en la esfera empresarial?	441
IV.	Autoría y participación en la omisión impropia	449

A)	Autoría directa y coautoría	449
B)	¿Participación por omisión impropia?	453
	1) Omisión de evitar que otro intervenga como partícipe	460
	2) Delito especial propio	462
C)	¿Autoría mediata en la omisión impropia?	464
V.	Delimitación de la responsabilidad por omisión del órgano directivo de la empresa, desde el punto de vista objetivo	466
A)	Autoría y participación de los diversos órganos de la empresa	467
B)	Autoría y participación del órgano directivo de la empresa	477
	Conclusiones	483
	Bibliografía	489

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
BUE	Boletín de la Unión Europea
Cap.	Capítulo
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Política de la Monarquía Española de 1978
Cit.	Citada
Cfr.	Confróntese
CP	Código Penal
CC	Código Civil
Coord. / Coords.	Coordinador / Coordinadores
Dir. / Dirs.	Director / Directores
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
Ed.	Edición
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional

ICC	International Criminal Court (Corte Penal Internacional)
LO	Ley Orgánica
Núm. / núms.	Número / números
Op. cit.	Obra citada
Pág.	Página
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
Sig. / Sigs.	Siguiente / Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TUE	Tratado de la Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

t.	tomo
UE	Unión Europea
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La problemática de la *comisión por omisión* –u *omisión impropia*, según la terminología que emplea la doctrina alemana– constituye uno de los ámbitos de mayor complejidad de la dogmática penal contemporánea. El tema, debido a la falta de una disciplina legal más detallada y a los novedosos desafíos planteados por el llamado *Derecho Penal del riesgo*¹, carece todavía de una adecuada precisión científica que atienda, por lo menos aproximadamente, a las exigencias de control de la intervención penal.

¹ Desde luego, aquí se adopta un concepto de *Derecho Penal del riesgo* semejante al que propone Cornelius PRITTWITZ, con estas características, en un contexto de *sociedad de riesgos* y de *expansión punitiva*: (i) “la admisión de nuevos candidatos en ámbito de los bienes jurídicos (tales como el medio ambiente, la salud pública, el mercado de capital...); (ii) el “adelantamiento de los límites entre el comportamiento punible y no punible”; (iii) la “reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo cual se expresa en un cambio de paradigma que pasa de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo como centro del reproche”. Vid. PRITTWITZ, Cornelius, “Derecho Penal del Riesgo y Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* (en línea), RDMCP-UCR, Universidad de Costa Rica, núm. 6, 2014, págs. 1-18, esp. 10 y 11. Disponible en revista.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP. Para un examen detallado de las relaciones entre la sociedad de riesgo y el sistema penal, vid. también JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2014, núm. 16-08, pág. 08: 1-08: 25. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>.

Sin embargo, los esfuerzos dogmáticos emprendidos principalmente en Alemania y en España han contemplado un redimensionamiento de los criterios de imputación a título de comisión por omisión, con especial énfasis en los fundamentos de los deberes de garantía.

Al respecto, es importante el estudio del problema en relación a dominios especiales, como el de la criminalidad económico-empresarial, en que se plantea la responsabilidad por omisión del órgano directivo de la empresa con base en *criterios específicos*², que la doctrina española no ha examinado aún en su merecida profundidad.

Es cierto, con todo, que los esfuerzos normativos han sido emprendidos en la dirección de una disciplina más estrecha de control de riesgos en el seno de la sociedad empresarial, como muestra el ejemplo reciente de la reforma del Código Penal español llevada a efecto por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo³.

² En este sentido, se encuentran las estimables propuestas de “eurodelitos”, de SCHÜNEMANN. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, “Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos”, en TIEDEMANN, Klaus (Dir.) / NIETO MARTÍN, Adán (Coord.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2005, págs. 35-38. Vid. también SCHÜNEMANN, Bernd, “La responsabilidad de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.) / BACIGALUPO, Silvina / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Constitución europea y Derecho Penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, págs. 141 a 177.

³ Mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, vigente desde el 1 de julio de 1995.

La reforma ha introducido substanciales modificaciones en los artículos 31 y 31 *bis* del CP, así como ha añadido los artículos 31 *ter*, 31 *quáter* y 31 *quinquies*, con novedosas disposiciones no solo acerca de la responsabilidad de la persona jurídica, sino también de la responsabilidad de los órganos de la empresa, incluso el directivo. En este particular, se destacan los sistemas de *compliance* y la específica responsabilidad del órgano de administración (art. 31 *bis*, apartados 1 y 2 del CP), tema de investigación en esta tesis doctoral. En este mismo contexto, la reforma ha añadido modificaciones en el régimen de la responsabilidad del administrador de la empresa en el ámbito de los delitos especiales propios (art. 31 del CP).

Por otro lado, aunque la LO 1/2015 haya producido pequeñas alteraciones en el artículo 11 del CP, que trata de la comisión por omisión, no hay todavía un tratamiento específico del problema en el contexto de la estructura empresarial. Los criterios formales de equivalencia –o correspondencia– normativa entre la acción y la omisión, fundamentan la responsabilidad a título de omisión impropia, y continúan los mismos. Ello reclama de la doctrina, por tanto, un esfuerzo de identificación de criterios claros, racionales, objetivos y controlables, en aras de asegurar una imputación segura desde el punto de vista objetivo en un problema que presenta intensas dificultades, sobre todo en virtud de la ausencia de tipos específicos de omisión impropia. Además, la realidad especial de la sociedad empresarial y la profusión de tipos de peligro en el dominio de la criminalidad económica suscitan problemas normativos adicionales, lo cual igualmente exige de la doctrina la identificación de criterios adecuados a esa específica estructura

funcional, incluso considerando el nuevo régimen legal de genérica responsabilidad *de la empresa y en la empresa*.

En efecto, el escenario de la criminalidad económico-empresarial, marcado por la expansión de las esferas de incriminación del mero riesgo (de daño) y por las complejas estructuras funcionales de la empresa, ofrece cuestiones de particular matiz en lo concerniente a la imputación de un hecho ajeno, practicado por un subordinado, el administrador –u *órgano directivo*, como se prefiere aquí designarlo– de la sociedad.

Otra cuestión que se plantea en esta investigación es la distinta conformación de la responsabilidad por *competencia de organización* del órgano directivo de la empresa, considerando los riesgos inherentes a la actividad empresarial, los riesgos funcionales específicos de la actividad administrativa, las esferas del riesgo permitido y las de riesgo prohibido, así como los correlacionados límites de la incumbencia de protección de bienes jurídicos y de vigilancia de fuentes de peligro.

Así pues, el presente estudio se propone investigar los criterios de imputación objetiva del hecho penalmente típico al órgano directivo omitente de la empresa, teniéndose en cuenta, *por un lado*, los aspectos dogmáticos generales relacionados a la comisión por omisión y, *por el otro*, las cuestiones especiales asociadas a la configuración de la actividad económico-empresarial.

Una vez que se establezca la imputación del hecho al administrador omitente, se analizarán los criterios de identificación de *autoría* o *participación*, a fin de

dimensionar las características *objetivas* de la responsabilidad penal en este ámbito, considerando los elementos especiales de la realidad empresarial.

Siendo así el estado de la cuestión, en el capítulo inicial de la tesis, se hace una exposición contextual acerca de los más genéricos aspectos criminológicos y político-criminales relacionados al tema: los problemas de la *macro-criminalidad económica* y de la *criminalidad económico-empresarial*, en sus orígenes, sus características esenciales y sus aspectos en la contemporaneidad; el *Derecho Penal del riesgo* en la sociedad contemporánea; el *Derecho Penal económico* y el *Derecho Penal de la empresa*, en sus aspectos normativos y teleológicos esenciales. Se presentan en este capítulo las principales vertientes y los criterios de definición conceptual, así como el tratamiento y desarrollo de las cuestiones centrales en el Derecho Penal español y en el Derecho Penal comparado.

El segundo capítulo trata de los problemas de responsabilidad suscitados por el Derecho Penal de la empresa y por la criminalidad empresarial: la responsabilidad de la persona jurídica; la responsabilidad de los representantes de la empresa, incluso por delitos especiales propios; la responsabilidad del órgano directivo de la empresa. Se analizarán las cuestiones criminológicas y político-criminales asociadas a cada uno de esos ámbitos de responsabilidad. ¿Por qué motivo debe admitirse una responsabilidad penal de entes colectivos, más allá de la responsabilidad civil y administrativa? ¿En qué medida se puede hablar de una responsabilidad de los representantes de la empresa? ¿Por qué debe castigarse al administrador de la

empresa, en particular, por los actos colectivos de la sociedad y/o por los actos de sus subordinados?

Por otra parte, en el tercer capítulo, se estudiará el sentido normativo de la omisión en sus distintas formas, examinándose las relaciones teóricas que tiene con el concepto dogmático de acción.

Seguidamente, en el capítulo cuarto, se presentarán los criterios normativos generalmente aplicables en la imputación objetiva del resultado del delito a título de comisión por omisión, describiéndose y analizándose las principales vertientes teóricas que se han desarrollado acerca del tema en las doctrinas alemana y española. Se ofrecerá, también en este capítulo, una posición teórica propia del autor de este trabajo, construida a partir de los resultados de la investigación.

A continuación, ya en el quinto capítulo, se abordará con más detalles la imputación por omisión en los delitos de peligro, en virtud del particular interés que despiertan en el ámbito de la criminalidad empresarial.

A su vez, los capítulos sexto y séptimo se destinan a la definición del régimen *jurídico*, de la naturaleza y de las estructuras funcionales de la empresa, así como de la criminalidad económico-empresarial y la responsabilidad del órgano directivo, como base para el estudio particularizado de la comisión por omisión del administrador de la sociedad empresarial, que se realiza posteriormente. En este capítulo séptimo se analizarán los presupuestos y requisitos válidos, a partir de la Ley penal, de la doctrina y de la jurisprudencia, a efectos de imputarle al

administrador de la empresa, a título de omisión, hechos penalmente típicos. Todo ello se vincula en aras de desarrollar criterios seguros de imputación objetiva en un dominio tan impreciso como lo es el de la omisión, dentro de una realidad empresarial cada vez más presente e intensa en la sociedad de riesgos.

Ya en el capítulo octavo, se desarrollan problemas específicos de imputación por omisión en el seno de la empresa, particularmente los temas de la *delegación* de funciones y de los *controles de fuentes de riesgo en sistemas de compliance*, examinándose la responsabilidad del órgano directivo en dicho contexto.

En seguida, a la delimitación de los criterios de imputación por omisión, se analizarán, en el capítulo noveno, los problemas de autoría y participación del administrador omitente, a fin de fijarle el adecuado título de responsabilidad penal en situaciones diversas.

Al final se establecerá una toma de posición propia con relación al tema, la cual, aunque no coincida por completo con la doctrina dominante en la actualidad, obedece al objetivo de situar el problema bajo criterios aceptables de depuración objetiva de la responsabilidad penal del órgano directivo omitente de la empresa, sin perjuicio de la funcionalidad que se espera del sistema.

La base teórica está en la vertiente *funcionalista* reflejada en la *teoría de la imputación objetiva*, con sus implicaciones en torno al problema de la causalidad de los delitos de omisión, por un lado, y por otro en la esfera de las sociedades empresariales como sujetos, vehículos o ambientes de delitos, considerándose los

riesgos especiales que implican y, por ende, las reforzadas exigencias de eficiencia del sistema penal.

En suma se espera, con la delimitación de la problemática de esta tesis en torno a los temas de la *imputación objetiva*, *comisión por omisión (u omisión impropia)*, *responsabilidad por omisión del administrador de la empresa* y *autoría y participación del administrador omitente*, obtener una sistematización original de los fundamentos de imputación penal del hecho al administrador titular de deberes de garantía, considerando las vertientes doctrinales, las posiciones de la jurisprudencia, las propuestas normativas en los ámbitos internacional, comunitario y comparado, y las reformas más recientes en el Derecho español.

CAPÍTULO I

DIMENSIONES CRIMINOLÓGICA Y POLÍTICO-CRIMINAL DEL PROBLEMA: LAS BASES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO, DEL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA Y DEL DERECHO PENAL DEL RIESGO

I. La *macro-criminalidad económica*: evolución histórica y características contemporáneas

Se trata en este apartado del problema criminológico de la *macro-criminalidad económica*, contexto más general en que se inserta la criminalidad económico-empresarial y la responsabilidad de la empresa y de sus órganos.

Cumple examinar, en este ámbito, los orígenes históricos y el significado actual de dicho *fenómeno criminógeno*, que ha generado un conjunto de nuevos desafíos a la política-criminal, llevando a efecto el desarrollo de un dominio autónomo del Derecho Penal: el *Derecho Penal económico* y, más especialmente, el *Derecho Penal de la empresa*.

**A) Criminalidad de cuello blanco, criminalidad de los
poderosos y criminalidad organizada**

Es conocida la concepción teórica del sociólogo estadounidense EDWIN H. SUTHERLAND, desarrollada a finales de los años 1940, acerca de un concepto de *criminalidad del cuello blanco (White-Collar Crime)*⁴. Originalmente publicado en 1949, el trabajo *White-Collar Crime* propone una redefinición del propio concepto de delito, de *bases esencialmente sociológicas*⁵. Según SUTHERLAND, *White-Collar Crime* es el delito cometido por una persona de respetabilidad y elevado status social, durante el ejercicio de su ocupación⁶. Se trata, por tanto, de una definición basada en una noción de clase y que define al delito en función de las características de su autor, en vez de tomar en consideración las características objetivas del hecho

⁴ SUTHERLAND, Edwin H., *White-Collar Crime*, New Haven (CT), Yale University Press, 1983.

⁵ Vid. también SUTHERLAND, Edwin H., “White-Collar Criminality”, en *American Sociological Review*, n. 1, vol. 5, Feb. 1940, págs. 1-12, esp. 1: “The economists are well acquainted with business methods but not accustomed to consider them from the point of view of crime; many sociologists are well acquainted with crime but not accustomed to consider it as expressed in business. This paper is an attempt to integrate these two bodies of knowledge. More accurately stated, it is a comparison of crime in the upper or white-collar class, composed of respectable or at least respected business and professional men, and crime in the lower class, composed of persons of low socioeconomic status”.

⁶ SUTHERLAND, Edwin H., *White-Collar Crime*, New Haven (CT), Yale University Press, 1983, pág. 7: “(...) a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation”.

practicado⁷. En este sentido, puede afirmarse que dicha concepción constituye sin duda una forma de Derecho Penal de autor⁸.

De todas maneras, el concepto de SUTHERLAND tiene el mérito de llamar la atención para nuevas formas de criminalidad de bases económicas⁹ y para sus efectos sobre la percepción de las personas comunes. En este particular, ha

⁷ Conforme a BAKER, “Sutherland goes on to construct a class-based definition of ‘white-collar crime’. He is concerned with who the alleged perpetrator was, rather than what that person might have done”, en BAKER, John, “The Sociological Origins of ‘White-Collar Crime’”, en *Legal Memorandum*, n. 14, Washington DC, The Heritage Foundation, October 4, 2004, pág. 2.

⁸ La especial referencia a las características del *autor* está clara en este trecho, “White collar criminals, like professional thieves, are seldom recruited from juvenile delinquents. As part of the process of learning practical business, a young man with idealism and thoughtfulness for others is inducted into white collar crime. In many cases he is ordered by managers to do things which he regards as unethical or illegal, while in other cases he learns from those who have the same rank as his own how they make a success. He learns specific techniques of violating the law, together with definitions and situations in which those techniques may be used. Also, he develops a general ideology. This ideology grows in part out of the specific practices and is in the nature of generalization from concrete experiences, but in part it is transmitted as a generalization by phrases such as ‘We are not in business for our health’, ‘Business is business’, and ‘No business was ever built on the beatitudes.’ These generalizations, whether transmitted as such or constructed from concrete practices, assist the neophyte in business to accept illegal practices and provide rationalizations for them”, en SUTHERLAND, Edwin H., *White-Collar Crime*, New Haven (CT), Yale University Press, 1983, pág. 245.

⁹ La referencia al criterio del *autor* todavía se encuentra en algunos conceptos de *criminalidad económica* y de *delito económico*, como en el concepto ofrecido por BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE: “(d)esde la perspectiva criminológica, se entiende como *delincuencia económica* la relativa a *infracciones lesivas el orden económico, cometidas por personas de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional*”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Editorial Ramón Areces, Madrid, 2010, pág. 22.

destacado el sociólogo el efecto difuso de dicha criminalidad sobre el cuerpo social, por tratarse de delitos esencialmente técnicos y sin un apelo de alarma moral en el ciudadano común, al contrario de la criminalidad violenta, más estigmatizada. Según lo expresado por el propio SUTHERLAND, “(l)os efectos de un crimen de cuello blanco sobre el público son difusos por un largo período de tiempo quizás sobre millones de personas, sin que ninguna persona sufra mucho en un periodo particular. Las agencias de comunicación no expresan y organizan los sentimientos morales de la comunidad en cuanto a los crímenes de cuello blanco en parte porque los crímenes son complicados y no fácilmente presentables como noticias, pero probablemente en mayor parte porque dichas agencias de comunicación pertenecen y son controladas por los hombres de negocios que violan las leyes y porque esas mismas agencias son frecuentemente acusadas de violación a las mismas leyes”¹⁰.

¹⁰ En el original: “The effects of a white-collar crime upon the public are diffused over a long period of time and perhaps over millions of people, with no person suffering much at a particular time. The public agencies of communication do not express and organize the moral sentiments of the community as to white collar crimes in part because the crimes are complicated and not easily presented as news, but probably in greater part because these agencies of communication are owned or controlled by the business men who violate the laws and because these agencies are themselves frequently charged with violations of the same laws”. Y añade el mismo autor que “(p)ublic opinion in regard to picking pockets would not be well organized if most of the information regarding this crime came to the public directly from the pick-pockets themselves”, en SUTHERLAND, Edwin H., “Is ‘White-Collar Crime’ a Crime?”, en *American Sociological Review*, vol. 10, n. 2, 1944 Annual Meeting Papers, Apr. 1945, págs. 132-139, esp. 139.

Siguiendo el mismo orden de ideas, cabe destacar que el aspecto descrito ha influenciado el concepto de *criminalidad de los poderosos*, con igual referencia al autor como elemento característico de la forma de criminalidad económica considerada. Aquí se trata, con todo, de un concepto que puede asumir significados más amplios, incluyendo el de “criminalidad del gobierno” (*Regierungskriminalität*), “criminalidad estatal” o “criminalidad fortalecida por el Estado” (*Staatskriminalität*), según la referencia de CORNELIUS PRITTWITZ¹¹. También en esta categoría se identifica tradicionalmente la ausencia de percepción social de la lesividad de las conductas “cometidas por los poderosos”¹².

Por otra parte, se habla comúnmente en un concepto de *criminalidad organizada*, como categoría teórica asociada a la *criminalidad de cuello blanco* y a

¹¹ PRITTWITZ, Cornelius, “La Criminalidad de los Poderosos”, en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* (en línea), RDMCP-UCR, Universidad de Costa Rica, n. 6, 2014, págs. 01-18, esp. 12. Disponible en revista.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP.

¹² Como refiere ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: “(...) la sociedad no percibe la dañosidad de estos comportamientos. Un ingrediente importante en esa aceptación o cuando menos benignidad en el tratamiento de la criminalidad cometida por los poderosos es la falta de conciencia social de los daños que produce. La ciudadanía no es capaz de percibir conexiones entre esa gran criminalidad que encuadra este trabajo y la crisis económica actual, con la consiguiente pérdida de puestos de trabajo, que rebaja el nivel de vida y provoca la inseguridad social, seguramente porque no hay relación causa efecto-lineal y se necesita investigar mucho para ubicar las conexiones”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Culpables, millonarios e impunes: el difícil tratamiento del delito de cuello blanco”, en *Rev. IUS*, Puebla, v. 9, n. 35, jun. 2015, págs. 37-57, esp. 39.

la llamada *criminalidad de los poderosos*¹³. La criminalidad organizada, entretanto, se refiere más específicamente a los delitos, no necesariamente económicos o tampoco empresariales, cometidos por asociaciones criminales, esto es, los grupos dedicados de forma estable a la práctica de delitos de la más variada gama.

Al respecto, es importante destacar las palabras de FIGUEIREDO DIAS, pues, “(l)a ‘criminalidad organizada’ parece implicar necesariamente la existencia de una asociación criminosa (y obviamente mucho más que una simple actuación en coparticipación): para que se pueda hablar en la existencia de una asociación criminosa es necesario, entre otros requisitos, que exista precisamente ‘un mínimo de estructura organizadora’”¹⁴. Se añade a este aspecto el amplio ámbito de delitos que se pueden practicar por dichas asociaciones, más allá de la esfera específicamente económica.

¹³ Según LÓPEZ MUÑOZ, “(...) se conforman modalidades nuevas de delitos clásicos, así como aparecen nuevas formas delictivas, de tal modo que la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros (fraude a presupuestos – criminalidad arancelaria –, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración, siendo las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización: la criminalidad organizada, la criminalidad internacional y la criminalidad de los poderosos”, en LÓPEZ MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada: aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 129.

¹⁴ En el original: “A ‘criminalidade organizada’ parece implicar necessariamente a existência de uma associação criminosa (e obviamente bastante mais do que uma mera actuação em comparticipação): para que se possa falar da existência de uma associação criminosa é necessário, entre outros requisitos, que exista precisamente ‘um mínimo de estrutura organizatória’”. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982 (arts. 287 e 288)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988, pág. 36.

Por otra parte, si hay una aproximación criminológica entre la criminalidad económica y la criminalidad organizada, la primera encierra rasgos normativos que la distinguen claramente de la última. Según PÉREZ DEL VALLE, “(...) desde los primeros momentos, la criminalidad económica fue considerada como crimen organizado y es indiscutible que el desarrollo de la criminalidad organizada nos es ajeno al de la criminalidad económica”, pero “tanto desde una perspectiva histórica como en una visión de la situación en la actualidad existen claras diferencias entre un tratamiento criminológico de la criminalidad económica y un estudio fundamentalmente normativo, que repercuten también en el objeto de estudio”¹⁵.

No es adecuado identificar los conceptos de criminalidad de cuello blanco, criminalidad de los poderosos y criminalidad organizada, por un lado, con el concepto de criminalidad económica, cuya definición se hace más propiamente en torno al *bien jurídico protegido*, en su *dimensión supraindividual*, en lugar de características propias de los autores de los hechos delictivos¹⁶. A su vez, la

¹⁵ PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Introducción al Derecho Penal Económico”, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.), *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 19-39, esp. 26.

¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho Penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, págs. 10 y sig. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 488 y sig. / CERVINI, Raúl / ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa – desde una visión garantista*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, págs. 56 y sig. / STAMPA BRAUN, José María / BACIGALUPO, Enrique, *La Reforma del Derecho Penal Económico Español*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, págs. 7 y sig.

criminalidad empresarial es una forma de criminalidad económica que reúne *adicionalmente* aspectos de la estructura y de la funcionalidad propias de la empresa, en sus dimensiones económica y jurídica. Esos elementos se detallan en los próximos apartados.

B) El concepto de *macro-criminalidad económica*, como fenómeno criminológico

La presencia e importancia de grandes corporaciones en la economía global es, en la vida contemporánea, factor rico en consecuencias. En el ámbito del sistema penal, dicho fenómeno representa un gran y diferenciado desafío a la política criminal, con la particularidad de que las dificultades más agudas se hallan no solo en el campo práctico, sino también en la revisión de tradicionales estructuras teóricas de la dogmática penal. Cumple, en este contexto, delimitar conceptualmente el fenómeno de la *macro-criminalidad económica* y sus implicaciones político-criminales más importantes, como base para el posterior examen de los diversos problemas dogmáticos que dicho fenómeno suscita.

Ya a eso del año 1960, el jurista brasileño ROBERTO LYRA definía a la *criminalidad económica* como un conjunto de formas de delincuencia muy

perfeccionada, de enorme dañosidad social, que se revelaban cada vez más accesibles a la evidencia científica, aunque sólo raramente se encontrasen tipificadas en la ley penal, y aun cuando hipotéticamente se encontrasen, las autoridades no querían o no podían alcanzarlas¹⁷.

Según RAÚL CERVINI, –basado en las reflexiones de LOUIS SEVERIN–, la *macro-criminalidad económica* contemporánea expresa una forma emergente de desvío estructural, vinculada al ejercicio abusivo de los mecanismos o recursos superiores de la economía, fundamentalmente conocidos como mecanismos económicos abiertos, es decir, los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior (mecanismo de los cambios); los de transformación del capital en renta y de renta en capital (mecanismos financieros); y finalmente los de equilibrio entre producción y consumo (manejo de *commodities*, abusos al consumidor, etc.)¹⁸. En este contexto, en una economía global de intensos y variados intercambios, la macro-criminalidad económica presenta un carácter reforzadamente transnacional, lo que pone adicionales desafíos a la prevención y a la represión estatal¹⁹.

¹⁷ LYRA, Roberto, *Criminologia*, Forense, Rio de Janeiro, 1964, págs. 59 y sig.

¹⁸ CERVINI, Raúl, “Macrocriminalidad económica – apuntes para una aproximación metodológica”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 11, jul./set. 1995, págs. 50-79, esp. 51.

¹⁹ CERVINI, Raúl, “Macrocriminalidad económica – apuntes para una aproximación metodológica”, op. cit., esp. 68, señalando que “(l)os macrodelitos económicos de mayor gravedad suelen presentarse como conductas criminales transnacionales” y que “esta transnacionalización es,

Por otro lado, es importante considerar que no solamente la utilización de los mecanismos estructurales de la economía basta para definir a la criminalidad económica. Por tanto, hay que añadir, o enfatizar, el problema de los *efectos ofensivos* de los hechos practicados con utilización de los recursos superiores de la economía contemporánea. Ello implica incluir, como elemento esencial del objeto en foco, el *bien jurídico digno de tutela penal*, no sólo en su dimensión supraindividual, sino en sus aspectos funcionalmente vinculados a la dimensión económica por la que el interés colectivo resulta afectado. Así pues, debe considerarse, por ejemplo: el sistema financiero como bien supraindividual afectado por la utilización desviada de los mecanismos de renta y de capital; el medio ambiente y la salud pública como intereses colectivos afectados por la utilización desviada de los mecanismos económicos de equilibrio entre producción y circulación de productos y servicios.

Por otra parte, no hace parte del concepto de criminalidad económica la simple afectación de intereses individuales, como el patrimonio, aunque sea mediante la utilización de los referidos mecanismos superiores de la economía. Así es porque la violación de bienes tradicionales, de dimensión individual, no llega a constituir un fenómeno criminológico nuevo y de particular interés para la política-criminal.

sin duda, el aspecto más saliente de la criminalidad organizada contemporánea, ante la cual los Estados aislados pueden verse reducidos a una virtual impotencia”.

Con ese sentido descrito anteriormente, el concepto de *criminalidad económica* se individualiza como categoría autónoma frente a las de criminalidad de cuello blanco, criminalidad de los poderosos y criminalidad organizada, objeto de análisis en el tópico anterior. En sus elementos esenciales, dicho concepto implica: (i) la utilización de los recursos y mecanismos propios de la economía contemporánea, en las dimensiones financiera (en sentido amplio, incluyendo los mercados crediticio, monetario, cambial y de capitales) y mercantil (incluyendo en comercio internacional); (ii) la afectación de un bien jurídico de trascendencia económica y normalmente supraindividual (por ejemplo, el sistema financiero, el medio ambiente, la salud de las personas, la seguridad colectiva, etc.)²⁰. En este sentido, no se trata, por tanto, de un bien jurídico común –como el orden socioeconómico–, sino de los elementos esenciales de la pertinencia a la esfera económica y de la afectación a un conjunto de bienes jurídicos que, por sus características supraindividuales, despiertan un particular interés criminológico y político-criminal²¹.

²⁰ Como señala TERRADILLOS BASOCO, “(...) en el primero capítulo se constató que el Derecho penal de la empresa no es sino una parcela del Derecho penal económico; en consecuencia, son aquí aplicables las consideraciones que allí se hicieron en torno al *carácter generalmente supraindividual del bien jurídico protegido*. En este contexto, hablar de un solo interés significa empobrecer una función de tutela que ha de abarcar también la protección las condiciones de seguridad de cada uno de ellos”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho Penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 45.

²¹ KLAUS TIEDEMANN expresa la misma idea, destacando no solo el aspecto de la tutela al “curso normal de la economía en su organicidad”, sino también la naturaleza supraindividual de los

En lo que concierne particularmente a la criminalidad organizada, es importante referirse a la distinción formulada por GRACIA MARTÍN, “(c)ierto es que la llamada ‘criminalidad organizada’ tiene una dimensión económica de grandes proporciones, pues en todas sus manifestaciones se concreta en la realización de negocios y de transacciones sobre muy diversos objetos, mercancías y servicios con valor económica. Sin embargo, el fenómeno de la criminalidad organizada se caracteriza y se diferencia de la criminalidad económica en sentido estricto porque las actividades económicas que se llevan a cabo por las organizaciones criminales consisten en negocios y en transacciones sobre objetos, mercancías y servicios muy diversos que generalmente son de comercio ilícito, que se llevan a cabo fuera de los circuitos y al margen de los mercados económicos legalmente regulados y que dan lugar a la lesión de muy diversos bienes jurídicos individuales y colectivos”²².

Bajo el mismo orden de ideas, es importante señalar que en la exposición de GRACIA MARTÍN se encuentran los dos elementos esenciales antes referidos, ambos presentes en la criminalidad económica, pero no necesariamente en la criminalidad

bienes jurídicos, como característica diferencial del Derecho Penal Económico, en TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, pág. 35. En el mismo sentido, PEÑA CABRERA, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Código Penal Peruano)”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 11, jul./set. 1995, págs. 36-49, esp. 43 y 44.

²² GRACIA MARTÍN, Luis, *Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos*, InDret 3, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2016, págs. 93 y 94.

organizada: referencia a los mecanismos estructurales y funcionales de la economía de mercado (*circuitos y mercados económicos legalmente regulados*)²³; lesión de bienes jurídicos supraindividuales y de significado económico²⁴.

Por otro lado, interesa referir también la posición del mismo jurista en cuanto a la exclusión del concepto de criminalidad económica del aspecto de la corrupción de funcionarios públicos, una vez que se trata aquí de elemento meramente accidental, o *un efecto*, aunque pueda ser frecuente, de los delitos económicos. En este sentido, conforme señala GRACIA MARTÍN, “(u)na característica de la gran criminalidad económica y empresarial es su efecto corruptor de los funcionarios públicos, pero los delitos de funcionarios no son más que hechos conexos o encadenados a la comisión de delitos económicos que dogmáticamente, es decir, tanto por el desvalor del resultado como por el de la acción (del funcionario), tienen la naturaleza de delitos contra la Administración pública y no pueden verse como delitos económicos en sentido estricto”²⁵.

²³ TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, op. cit., págs. 30-35 / CERVINI, Raúl, “Macrocriminalidad económica – apuntes para una aproximación metodológica”, op. cit., esp. 51-54.

²⁴ TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, op. cit., pág. 35 / TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho Penal de la empresa*, op. cit., págs. 45-50.

²⁵ MARTÍN, Luis Gracia, *Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos*, op. cit., pág. 94.

Finalmente, cabe destacar que el fenómeno criminológico de la criminalidad económica ha conducido en tiempos relativamente recientes al desarrollo del *Derecho Penal económico* y, más particularmente, al del *Derecho Penal de la empresa*. Es de lo que se trata en el próximo apartado.

II. Delimitación conceptual del Derecho Penal económico: criterios

El *Derecho Penal económico*, en cuanto sistema normativo y parte de la ciencia jurídica, se define por un objeto específico, la *criminalidad económica*, de matiz claramente criminológico²⁶. Es en torno a ese objeto²⁷, en sus características esenciales, que se deben concentrar los esfuerzos de definición de esa forma moderna de sistema penal, frente al Derecho Penal clásico. En ese contexto, no es propio identificar el Derecho Penal económico al Derecho Penal de la empresa, del mismo modo que no cabe siempre asociar la criminalidad económica a la

²⁶ Conforme señala PÉREZ DEL VALLE, “(e)l Derecho penal económico se define en relación con un objeto de carácter político-criminal: la prevención de la criminalidad económica”, en PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Introducción al Derecho Penal Económico”, op. cit., págs. 19-39, esp. 19.

²⁷ En el mismo sentido, como afirma FERNÁNDEZ TERUELO, “(l)os conceptos delincuente, delito, y por ende, delincuencia económica se determinan entre sí y, a su vez, todos ellos dotan de contenido el Derecho Penal económico”, en FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2013, págs. 16 y 17.

criminalidad empresarial²⁸. En verdad, la relación entre el Derecho Penal económico y el Derecho Penal de la empresa es una de género y especie²⁹, distinguiéndose el segundo por un conjunto de factores estructurales y funcionales, asociados a una unidad económica especial, que representa el actor, el instrumento o el ambiente de la conducta delictiva³⁰.

No hay duda de que la sociedad empresarial –en el mundo contemporáneo– representa la principal unidad económica y, desde el punto de vista jurídico-penal, el más importante agente de la criminalidad económica³¹. De todas maneras, subsisten

²⁸ Según expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(h)ay que reconocer, ciertamente, que (...) no toda delincuencia económica es una delincuencia de empresa, pero hay que convenir asimismo en que ésta última clase de criminalidad constituye la parte más importante de la criminalidad económica”, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 488.

²⁹ Vid. CERVINI, Raúl / ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa – desde una visión garantista*, op. cit., pág. 55. / TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho Penal de la empresa*, op. cit., pág. 45.

³⁰ GRACIA MARTÍN adopta el mismo punto de partida de la *criminalidad económica*, aunque hablando de un “Derecho penal económico y de la empresa de los poderosos”, en que “(...) el punto de partida para la construcción del concepto de Derecho penal moderno lo constituye la criminalidad económica como fenómeno empírico prejurídico que interesa al Derecho penal y que, por esto mismo, tiene que definirse y configurarse como el ‘objeto de las valoraciones’ jurídico-penales que llevan a conceptuarlo estrictamente como Derecho penal económico y de la empresa de los poderosos”, en MARTÍN, Luis Gracia, *Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos*, op. cit., pág. 95.

³¹ Ello conduce algunos juristas a negar importancia a la distinción entre Derecho Penal económico y Derecho Penal de la empresa. Como señala FERNÁNDEZ TERUELO, “(e)l análisis de los supuestos caracterizados por ese ejercicio de actividad económica relevante (y desviada) pone de manifiesto que la misma se desarrolla en nuestros días masivamente a *través de la empresa*, hasta el

ámbitos de incriminación que, reuniendo los elementos propios del Derecho Penal económico, principalmente el bien jurídico tutelado, no dicen respecto a la empresa en cuanto unidad estructural. A título de ejemplo, una persona física puede practicar actos contra el medio ambiente o un delito fiscal, sin relación con una actividad empresarial³².

Por otro lado, la consideración de la empresa como núcleo del Derecho Penal empresarial, más allá de los aspectos económicos propios de los tipos penales incriminados, suscita problemas relacionados a aspectos estructurales y funcionales inseparables de aquella unidad: por ejemplo, las especiales implicaciones del actuar en nombre de otro y de la comisión por omisión en la criminalidad empresarial, que

punto de que cuando examinamos la jurisprudencia relativa a los supuestos en los que concurre el perfil descrito, prácticamente no es posible encontrar supuestos en los que se haya llevado a cabo la actividad económica relevante prescindiendo por completo del recurso a personas jurídicas, pues son precisamente las empresas las unidades de producción básicas de la economía (de este modo, el elemento empresa es casi imposible de dissociar del delito económico). El fenómeno es hoy tan pronunciado que empieza a perder sentido la distinción entre Derecho penal económico y Derecho penal de la empresa, siendo conveniente tratarlas de forma conjunta como se hace en la presente obra”, en FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 24.

³² Como expone PÉREZ DEL VALLE, “(...) existen parcelas que inequívocamente pertenecen al ámbito del Derecho penal económico, aunque sus autores no lo son en cuanto empresarios o partes de una empresa, como sucede, por ejemplo, en el delito fiscal en relación con impuestos que no están vinculados a la actividad empresarial, como el impuesto sobre la renta de las personas físicas (...)”, en PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Introducción al Derecho Penal Económico”, op. cit., págs. 19-39, esp. 20.

se explican por características propias de la sociedad, como el instituto de la delegación y la realidad de división de trabajo³³.

Los problemas expuestos no se encuentran originariamente en el Derecho Penal económico, sino que sólo emergen cuando se inserta la *empresa* en un contexto de criminalidad económica. Como se aclara en otro momento³⁴, el Derecho Penal empresarial dice respecto a problemas de imputación y, por tanto, de responsabilidad penal de un agente económico, sea la propia empresa o un representante suyo, por delitos contra bienes jurídicos supraindividuales que, por sus características, se comprenden en el Derecho Penal económico.

Expuestos los aspectos preliminares, cumple identificar los elementos conceptuales inherentes al Derecho Penal económico.

³³ Según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(e)n efecto, en estos delitos, en los que se vulneran bienes jurídicos por medio de una actuación que se lleva a cabo para una empresa, surgen problemas específicos de imputación penal, derivados de una criminalidad organizada, que en el plano horizontal se estructura a través de la división del trabajo entre diversas personas y en el plano vertical se apoya en el principio de jerarquía”, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 488. Con la misma perspectiva, expone PÉREZ DEL VALLE, “(l)os cambios de la estructura socioeconómica generan en sí mismos las ocasiones para delinquir. Por ejemplo: si no existiesen deberes de confianza de gestores o administradores de las empresas, no podrían existir delitos fundados en la infracción de esos deberes (...)”, en PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Introducción al Derecho Penal Económico”, op. cit., págs. 19-39, esp. 21.

³⁴ Vid. *infra* Cap. I, núm. IV. Derecho Penal de la empresa: delimitación de su ámbito conceptual, frente al Derecho Penal económico.

Antes que todo, es impropio inserir en dicha categoría todo delito que tenga repercusiones económicas: por ejemplo, un delito de estafa, o en general contra el patrimonio individual. No se puede perder de vista el fenómeno criminológico que constituye la base del Derecho Penal económico: la macro-criminalidad económica, que se ha delimitado en sus características esenciales en el apartado anterior. En este mismo contexto, deben considerarse las específicas necesidades político-criminales reclamadas por formas realmente diferenciadas de criminalidad, por su particular aptitud criminógena, por la entidad de los bienes jurídicos afectados, por el nivel y amplitud de la ofensividad y por el poder de los agentes envueltos en la práctica delictuosa. Son esas bases las que permiten delimitar un sistema particular de prevención y de represión, que se ha estructurado en torno a principios especiales, además de los generales, y que ofrece problemas diferenciados, incluso en lo que se refiere a la imputación.

Así pues, se adopta aquí un concepto *amplio* de Derecho Penal económico, entendido como “(...) el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”, como lo expresan BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE³⁵. En dicho concepto se encuentran los elementos esenciales de la trascendencia económica de las fuerzas envueltas en la práctica delictuosa, por un lado, y la afectación de bienes jurídicos de dimensión económica, por otro. Ello

³⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho Penal Económico*, op. cit., pág. 14.

va más allá del concepto estricto de Derecho Penal económico, que consiste en “(...) el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía”, también conforme a BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE³⁶. En este sentido, se identifica en el objeto del Derecho Penal económico³⁷, es decir, el *delito económico*, una *trascendencia colectiva* del bien afectado, aunque sea mediatamente. Según señalan los mismos juristas antes referidos, “(...) delito económico en sentido amplio es aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”³⁸.

En este contexto, el criterio del bien jurídico afectado emerge como uno de los esenciales en la tarea de definición del Derecho Penal económico³⁹. Se trata aquí

³⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho Penal Económico*, op. cit., pág. 12.

³⁷ Acerca de los conceptos amplio y estricto del orden económico, vid. también GÓMEZ RIVERO, María Carmen, *El fraude de subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 18 y 19.

³⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho Penal Económico*, op. cit., pág. 14.

³⁹ Conforme señalan RAÚL CERVINI y GABRIEL ADRIASOLA, “(...) debemos empezar por consignar que *concepto y bien jurídico*, en el Derecho penal económico, son temas que, estructural y funcionalmente, se encuentran muy estrechamente vinculados (...) Es, por lo tanto, posible identificar o delimitar al Derecho penal económico a partir de la identificación del bien jurídico que esta supuesta rama del Derecho penal busca tutelar”, en CERVINI, Raúl / ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa – desde una visión garantista*, op. cit., pág. 56.

no sólo de bienes jurídicos individuales, aunque tengan significado económico, sino de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales y casi siempre difusos en el cuerpo social. Según Klaus TIEDEMANN, “(...) el delito económico no sólo se dirige contra intereses individuales sino también contra intereses social-supraindividuales (colectivos) de la vida económica, es decir, se lesionan *bienes jurídicos colectivos o social-supraindividuales de la economía*. Bien protegido no es, por tanto, en primer término el interés individual de los agentes económicos sino el orden económico estatal en su conjunto, el desarrollo de la organización de la economía, en pocas palabras, la economía política con sus ramas específicas (sistema financiero, sistema crediticio, etc...)”⁴⁰.

En este sentido, hay una inevitable aproximación entre el Derecho Penal económico y el llamado *Derecho Penal del riesgo*. No se trata, entretanto, de una identificación completa. A título de ejemplo, los delitos contra el orden socioeconómico, los delitos fiscales y los delitos financieros no encierran en sí mismos aspectos reconducibles a una categoría de riesgo. Los bienes jurídicos colectivos se sujetan a riesgos especiales en la sociedad contemporánea (por ejemplo, el medio ambiente y los consumidores están particularmente afectados por nuevas tecnologías). Con todo, tales bienes jurídicos se exponen de igual manera a particulares formas de afectación en razón de las complejas fuerzas económicas del mundo contemporáneo.

⁴⁰ TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, op. cit., pág. 32.

Así, además de la afectación de bienes jurídicos colectivos, hay que añadir dos factores esenciales: (i) la naturaleza y transcendencia económica del bien jurídico tutelado, más allá de su aspecto supraindividual; (ii) las fuerzas económicas (mecanismos económicos o recursos superiores de la economía) que se hacen propulsoras de la práctica delictuosa⁴¹.

Bajo este orden de ideas, conforme al primero criterio, conviene destacar que no es un bien jurídico único que caracteriza el ámbito normativo del Derecho Penal económico, sino características especiales y comunes a determinados bienes jurídicos, que dan una configuración particular a las normas jurídicas incriminadoras que los protegen, en torno al interés criminológico que se busca tutelar⁴².

El interés criminológico especial – ya señalado – se refleja no solo en la dimensión colectiva o supraindividual del bien jurídico tutelado, sino también en el

⁴¹ En sentido semejante, TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, op. cit., pág. 35 / CERVINI, Raúl / ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa – desde una visión garantista*, op. cit., pág. 56 / PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Introducción al Derecho Penal Económico”, op. cit., esp. 20.

⁴² En ese sentido, como expresan STAMPA BRAUN y BACIGALUPO, “(...) lo que en verdad agrupa u homologa los hechos punibles considerados en los estudios dogmáticos de Derecho penal económico no es, en realidad, un concepto de *bien jurídico lesionado común* (cuya generalización para abarcar supuestos tan distantes como la restricción de la libre competencia, la elusión de impuestos, la estafa a instituciones crediticias y los juegos ilícitos, habría de ser tan desmesurada que lo convertiría en un concepto de ínfima capacidad explicativa), sino un interés criminológico plausible para agrupar cierto tipo de hechos punibles para su tratamiento dogmático”, en STAMPA BRAUN, José María / BACIGALUPO, Enrique, *La Reforma del Derecho Penal Económico Español*, op. cit., pág. 7.

carácter estructuralmente económico, en el sentido de que la necesidad de tutela penal específica deriva de las dinámicas en la vida económica moderna: las transformaciones en el nivel de producción industrial, por las sucesivas fases de la revolución industrial; la actuación masiva de grandes corporaciones en la vida económica; el potencial criminógeno de las complejas estructuras y funcionalidades de las empresas; la intensificación de los riesgos a bienes jurídicos individuales; el alcance ofensivo cada vez más incontrolable de bienes jurídicos colectivos⁴³.

III. El criterio del bien jurídico: supraindividual y económico

Ya se han analizado las características del fenómeno de la criminalidad económica⁴⁴, oportunidad en que se han identificado dos criterios definidores esenciales: (i) la utilización desviada de mecanismos económicos estructurales (financieros y/o empresariales); (ii) la afectación de un bien jurídico de carácter

⁴³ Este contexto sugiere una estrecha relación entre la economía contemporánea, las funcionalidades empresariales, las nuevas tecnologías y la sociedad del riesgo. Como expone JIMÉNEZ DÍAZ, “(...) dicha *sociedad* [la sociedad del riesgo] *se caracteriza* fundamentalmente por su complejidad, transnacionalidad, dinamicidad en su economía, multiplicidad de interconexiones causales y existencia de una alta intervención de colectivos. En definitiva, una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano medio se siente amenazado (ej. los derivados del uso de la energía nuclear)”, en JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del Riesgo e Intervención Penal”, op. cit., págs. 1-8, esp. 2.

⁴⁴ Vid. *supra* Cap. I. Apartado A.

supraindividual y económico. También se ha examinado la cuestión de los mecanismos estructurales de la economía, en sus aspectos principales. Resta dimensionar, con más detalles, la problemática del bien jurídico.

A) La noción de bien jurídico como imperativo democrático

El Derecho Penal contemporáneo, cuyas características garantistas y democráticas están asentadas con predominancia en la noción de *bien jurídico*, sólo secundariamente fundamentan y justifican su actuación en la violación de un deber. Tal y como expone POLAINO NAVARRETE, la opinión mayoritaria en la dogmática penal durante largo tiempo se resume en que, “(...) el Derecho penal cumple una función social, cifrada en la protección de bienes jurídicos, denominación técnica que alude a aquellos bienes y valores, personales o sociales, imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria del ser humano en Sociedad”⁴⁵.

En efecto, es clásica la concepción de JÜRGEN BAUMANN en el sentido de que el delito es, antes de todo, la ofensa a un bien jurídico, y sólo complementariamente

⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Bien Jurídico, Vigencia de la Norma y Daño Social*, Ara Editores, Lima, 2010, págs. 33-55, esp. 35.

la violación de un deber jurídico⁴⁶. El jurista alemán afirma, “(...) la concepción de lo *injusto* penal como *lesión del bien jurídico*”, añadiendo que “(d)elito es, en primer término, lesión de un bien jurídico y también, sin duda, lesión de un deber, pero no a la inversa”⁴⁷. Ello no excluye de la esencia funcional del Derecho Penal, por lo tanto, la violación de un deber jurídico, sino que solamente fija como su función primaria la ofensa a un bien jurídico, lo cual define el propio deber incumplido. Tal como lo expresa BAUMANN, “(e)l bien jurídico de *V* crea el deber jurídico de *A* de no perjudicarlo”⁴⁸.

La noción de crimen sólo como violación de un deber, fundamentada en la filosofía neokantiana (pero también, en cierto sentido, en la hegeliana), puede conducir, dimensionada de determinada manera, a las concepciones autoritarias vinculadas a la doctrina de la defensa social, de carácter de *retribución*, sea una retribución ética (KANT) o una retribución jurídica (HEGEL)⁴⁹. Ello puede acentuar

⁴⁶ BAUMMAN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, trad. de Conrado A. Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973, pág. 09.

⁴⁷ BAUMMAN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., págs. 09 y 10.

⁴⁸ BAUMMAN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., pág. 10.

⁴⁹ Tal como lo refiere FERRAJOLI, se trata de “(...) la tesi di origine kantiana secondo cui la pena è una *retribuzione etica*, giustificata dal valore morale della legge penale infranta dal colpevole e del castigo conseguentemente inflittogli, e quella di ascendenza hegeliana secondo cui essa è una *retribuzione giuridica*, giustificata dalla necessità di riparare il diritto con una violenza contraria che ristabilisca l'ordine legale violato”. Y añade el jurista italiano que, “(m)algrado la autorità di Kant e di Hegel, ambedue queste versioni della dottrina retributivistica della persona sono insostenibili (...) Si tratta (...) di una sopravvivenza di antiche credenze magiche che derivano

en el sistema penal un matiz moralizante incompatible con sus modernas finalidades, que deben ser indisociables de la racionalidad. Sólo la finalidad superior de la seguridad jurídica, en los sentidos objetivo y subjetivo de efectiva protección de los bienes jurídicos (objeto de tutela penal porque socialmente valiosos) puede orientar una actuación penal pretendidamente racional⁵⁰.

Así pues, el Derecho Penal tendría su actuación justificada en la lesión grave, efectiva o potencial, a un bien normativamente protegido⁵¹. Identificar en la respuesta penal solamente una reacción a la simple violación de un deber le

da una confusión tra diritto e natura: l'idea della pena come restaurazione, o rimedio, o riaffermazione dell'ordine naturale violato (...)", en FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e Ragione – Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 2004, págs. 240 y 241.

⁵⁰ Como señala CUELLO CONTRERAS, "(h)oy, separadas ambas las esferas, la pública y la privada, se entiende (aunque no siempre se consigue) que delictivo sólo es lo que *daña a la convivencia*; otros comportamientos, por muy censurables que sean conforme a un orden moral (¡aunque sea el dominante en la sociedad!), sólo concernirán a la *conciencia de los afectados*, es decir, a su esfera privada, en la que el Estado no debe entrar", en CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 31.

⁵¹ Según ZUGALDÍA ESPINAR, "(e)l Derecho penal de un Estado Social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho Penal se denominan 'bienes jurídicos'. Se dice, entonces, que el Derecho Penal aparece limitado por la idea de que sólo puede proteger bienes jurídicos. No en vano, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, esto es, la realización de determinados hechos socialmente dañinos, es el *contenido esencial* de la infracción del orden jurídico que conocemos precisamente con el nombre de 'delito'", en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 233 y 234.

acentuaría una vocación moralizadora, asociando la tutela penal conductas sin relevancia, de nula o ínfima dañosidad social.

Debe aseverarse, en todo caso, que aquí se trata de poner la cuestión del incumplimiento del deber jurídico en su lugar adecuado, como algo orientado y fundamentado por la ofensa al bien jurídico normativamente tutelado, y no de eliminarla del análisis de la intervención penal. Conforme a lo señalado por GIUSEPPE BETTIOL, en la discusión sobre la noción de crimen (a efectos de saber si debe ser constituida por la lesión de un bien jurídico o por la violación de un deber), debe darse *prevalencia* a la lesión del bien jurídico, porque *la noción de deber no puede tener una autonomía funcional propia*. El deber sólo se especifica con referencia a los intereses protegidos, y son estos que le transmiten la relevancia⁵².

Por otra parte, se sabe que GÜNTHER JAKOBS, en la formulación de su dogmática funcionalista, ha rechazado el tradicional fundamento del Derecho Penal como protección de bienes jurídicos. El jurista alemán enfatiza, diversamente, la violación de un deber normativo (integrante de un rol social) y, como consecuencia de ello, la necesidad de asegurar la vigencia de la norma⁵³.

⁵² BETTIOL, Giuseppe, *Direito Penal*, trad. de Fernando de Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1970, t. II, págs. 22-24.

⁵³ JAKOBS, Günther, “¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal”, trad. de Miguel Polaino-Orts, en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Bien Jurídico, Vigencia de la Norma y Daño Social*, Ara Editores, Lima, 2010, págs. 11-30, esp. 25 y 26: “(c)uando alguien deja de cumplir sus deberes en el tráfico jurídico y lesiona a una persona, y contando que se dan el resto de presupuestos, nos

Como bien ha aseverado POLAINO NAVARRETE, entretanto, no hay una contradicción real, sino sólo aparente, entre las nociones de protección de bienes jurídicos, por un lado, y vigencia de la norma, por otro⁵⁴. A juicio del jurista español, “*la protección de bienes jurídicos es el contenido, y la prevención de delitos el fin, o –por mejor decir– la protección de bienes jurídicos es la función y la confirmación de la vigencia de la norma la consecuencia directa de esa función*”⁵⁵. Y añade que “(d)esde esta perspectiva, el bien jurídico, en tanto objeto de protección típica, se convierte en un concepto esencial del Derecho penal, del cual no puede

hallamos ante un delito, y precisamente ante un delito contra la otra persona. Y al ser ésta precisamente una persona debido a su posición en la Sociedad, el conflicto sigue siendo un conflicto social. La visión es, por tanto, una visión diferente a la que se tiene en la teoría de bienes, la cual concibe primariamente el delito como hecho contra otro sujeto que, por principio, es visto de manera aislada, y recién en un segundo razonamiento se proceder a añadir el significado social del delito. En este concepto no existe otro sujeto con sus intereses, sino sólo –en un sentido amplio– propietarios, personas en Derecho, y –por ello– el delito no es privación de cualquier medio de desarrollo de otro, sino perturbación de la estructura normativa de la Sociedad, esto es: eso que AMELUNG denominaba como daño social”. En el mismo sentido, vid. JAKOBS, Günther, “¿Derecho Penal del Enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Civitas, Madrid, 2008, págs. 23-62, esp. 36: “(d)istinto es el funcionamiento de una norma: si es quebrantada, no es *ella* que es errónea, sino la conducta del delincuente es errónea, y como se ha dicho, su tratamiento como delincuente es la confirmación, o, dicho con mayor exactitud, el mantenimiento de la norma”.

⁵⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, op. cit, págs. 33-55, esp. 35.

⁵⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, op. cit, págs. 33-55, esp. 51.

prescindirse si se quiere tener una imagen fiable y completa el fenómeno criminal”⁵⁶.

En base a lo anteriormente señalado, ésta es la concepción que aquí se sostiene, reafirmando que la protección de bienes jurídicos como fundamento del Derecho Penal no niega el aspecto de la violación del deber, sino que sólo coloca ese último elemento en su lugar. La ofensa al bien jurídico define el deber violado, y la garantía de la vigencia de la norma es la consecuencia de la efectiva protección del bien normativamente tutelado.

Bien jurídico, según FRANZ VON LISZT, es todo lo que puede satisfacer una necesidad humana y, como tal, resulta tutelado por el sistema jurídico⁵⁷. La tutela por el Derecho –en un determinado momento– refleja un significado histórico y ético-social del interés protegido. En este sentido, tal y como expresa POLAINO NAVARRETE, sobre el significado histórico, “(...) la evaluación de los círculos de conducta delictiva tiene que conectarse a la necesidad de garantizar las representaciones de valor de la Sociedad en las situaciones históricas singulares”⁵⁸. Y acerca del sentido ético-social, el mismo jurista señala que, “(s)in la presencia de

⁵⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, op. cit, págs. 33-55, esp. 51.

⁵⁷ VON LISZT, Franz, *Tratado de Direito Penal Alemão*, F. Briguiet & C Ed., Rio de Janeiro, 1899, pág. 20.

⁵⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, pág. 277.

un bien jurídico de protección prevista en el concepto punitivo, el propio Derecho penal, además de resultar materialmente injusto y ético-socialmente intolerable, carecería de sentido como tal orden de derecho”⁵⁹.

Expuesta una noción general de lo que significa un bien jurídico, corresponde examinar su trascendencia colectiva en el contexto de la criminalidad económica.

B) El concepto de bien jurídico de trascendencia económica y supraindividual

El Derecho Penal económico lidia normalmente con diversos niveles de ofensividad hacia bienes jurídicos supraindividuales⁶⁰. Con ello se quiere expresar que, aunque puedan ser concretamente afectados bienes jurídicos individuales, la protección penal en el ámbito de los mecanismos económicos estructurales asume normalmente un carácter de prevención, haciéndose, por tanto, anticipada. Sólo en el nivel mediato se considera la protección de intereses individuales, cuando una efectiva lesión se produzca. El fundamento de la intervención penal, con todo, comparece ya en el plano del riesgo colectivo.

⁵⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El Bien Jurídico en el Derecho penal*, op. cit., pág. 21.

⁶⁰ Como refiere PEÑA CABRERA, “(i)ndudablemente la génesis histórica y consolidación de los bienes jurídicos supraindividuales es obra del intervencionismo estatal”, en PEÑA CABRERA, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Código Penal peruano)”, op. cit., págs. 36-49, esp. 44.

Así pues, en los delitos contra el medioambiente, contra la salud pública y contra la seguridad colectiva, por ejemplo, los injustos penales se configuran con independencia de que se identifique una persona concretamente afectada en su interés individual (vida y salud). Lo mismo sucede en el dominio de los delitos contra el sistema financiero y de blanqueo de capitales. Ello no quiere decir que los delitos económicos sean necesariamente delitos de peligro. Es posible que se haya producido un daño concreto, pero difuso en el cuerpo social. Hay diversos tipos de injusto ambientales, a propósito, que conforman delitos de lesión (por ejemplo, los delitos relativos a la flora definidos en los artículos 332 y 333 del Código Penal español)⁶¹. Son también delitos de *lesión* a bienes con trascendencia supraindividual los delitos de defraudación tributaria o de la previdencia social, los delitos contra el orden económico, los delitos contra los consumidores y, en cierta medida, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial⁶², por ejemplo. La cuestión central es que

⁶¹ Como observa MARTÍNEZ GONZÁLEZ, “(...) los delitos del Capítulo IV son de lesión y de resultado, las conductas típicas exigen una modificación externa del objeto en que se plasma el bien inmediatamente protegido, la flora o la fauna: talar, cortar, arrancar, destruir, introducir, librar, cazar, pescar... En cambio, los delitos recogidos en el Capítulo III se configuran como delitos de peligro concreto”, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel, “La protección penal de la flora y la fauna”, en MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio (Dir.), *Derecho Penal Ambiental*, Exlibris, Madrid, 2006, págs. 119-152, esp. 124.

⁶² En este sentido, como señala GÓMEZ RIVERO, “(...) el objeto inmediato de protección en los tipos contra la propiedad industrial es el patrimonio, de tal modo que con ellos se trata de preservar en primera instancia un bien jurídico de naturaleza individual. Ello no obsta a que esta perspectiva individual, primaria, no sea incompatible con la presencia de intereses de contenido supraindividual, de implicación socioeconómica, en la configuración de estos delitos”, en GÓMEZ

la lesión o el peligro afectan a un bien de carácter colectivo, y no individual: cuando hay lesión, esta se halla difusa en el cuerpo social, sólo mediatamente afectando los intereses individuales de un número indeterminado de personas, sin que ello sea un elemento esencial para configurar el delito. Es cierto, de todos modos, que la mayoría de los tipos se inserten en la categoría de los delitos de peligro, abstracto, hipotético o concreto.

Entre las características esenciales, criminológicas y normativas, de los bienes colectivos o supraindividuales, se destacan las siguientes, según referencia de PEÑA CABRERA: (i) índole conflictual, asociada a “la falta de interiorización de la norma por parte de los operadores económicos”; (ii) favorecimiento de una “tendencia expansiva del Derecho Penal, a través de la creación de tipos de peligro abstracto”⁶³.

Los aspectos descritos han conducido a numerosas críticas doctrinales⁶⁴, especialmente a la oposición de la llamada *teoría personal del bien jurídico*, según

RIVERO, María del Carmen, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial: la tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 352 y 353.

⁶³ PEÑA CABRERA, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Código Penal peruano)”, op. cit., págs. 36-49, esp. 44-46.

⁶⁴ HEFENDEHL, por ejemplo, sin negar la existencia del bien jurídico colectivo, destaca que “(...) no se puede sin más inventar un bien jurídico colectivo cuando se considere necesario crear un nuevo tipo delictivo. La seguridad colectiva y la protección del crédito son precisamente construcciones doctrinales dudosas. Por otro lado puede entenderse rápidamente que nuestro Estado actual no puede concebirse sin bienes sin bienes jurídicos colectivos”, en HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de

la visión antropocéntrica del mundo afirmada por HASSEMER⁶⁵, en contraposición a la *teoría monista del bien jurídico de carácter universal*.

En todo caso, no se puede negar el carácter supraindividual del bien jurídico como característica asociada al Derecho Penal económico y también al Derecho Penal del riesgo, aunque la afectación del interés colectivo se produzca en un nivel mediato y difuso. En este sentido, es importante recordar las palabras de ROLAND HEFENDEHL, pues, “(...) el Derecho Penal debe quizá ocuparse de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos. Por citar otro ejemplo, si desde una industria situado en la costa se arrojan un día determinado vertidos producidos al mar, no se producirán en la mayoría de los casos los efectos contaminantes en el mismo

peligro abstracto”, trad. de Eduardo Salazar Ortuño, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), *RECPC 04-14*, 2002, págs. 1-13, esp. 6.

⁶⁵ Según HASSEMER, los bienes jurídicos colectivos sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo (*teoría personal del bien jurídico*, de carácter antropocéntrico). Tal y como expone el propio jurista alemán, “(...) en una época en la que la socialización es cada vez mayor, el Derecho Penal debe reflexionar sobre si los intereses de la persona no deben ser favorecidos frente a los de la Sociedad y el Estado”, y el mismo autor añade que, “(...) al ser la persona un ser social, sólo puede preservar y realizar sus intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma (Economía, Administración, Administración de Justicia, Educación, Defensa, Familia, etc.). La protección del correcto funcionamiento de estas instituciones se hace, por tanto, en función de los intereses de las personas que viven y actúan en esas instituciones”, en HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 108 y 110. Vid. también MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 61.

momento puesto que los desechos industriales podrán ser relativamente asimilados por el agua sin causarse un grave perjuicio. El verdadero problema vendrá en el futuro, es decir, en el caso hipotético de que todas o la mayoría de las instalaciones o fábricas cercanas hiciesen lo mismo o esta conducta se convirtiese en regla para la industria costera de una zona”⁶⁶.

Los bienes jurídicos que, más allá de su carácter de pertinencia a los mecanismos de la economía de mercado, asumen clara trascendencia colectiva y supraindividual son, por ejemplo, los delitos contra el mercado y los consumidores (criminalidad de empresa, contra bienes externos)⁶⁷ y los delitos contra los trabajadores (criminalidad en la empresa, contra sus colaboradores)⁶⁸.

⁶⁶ HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, op. cit., págs. 1-13, esp. 5.

⁶⁷ Según RANDO CASERMEIRO, “(l)os arts. 278 a 280 CP regulan una serie de tipos delictivos que incrimina el llamado espionaje empresarial y las conductas de revelación de secretos empresariales. Ambos afectan al adecuado desenvolvimiento de la competencia en el libre mercado y por tanto suponen el ejercicio de competencia desleal”, en RANDO CASERMEIRO, Pablo, “Delitos contra el mercado y los consumidores”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 165-187, esp. 165. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, enfatizando el aspecto de organización empresarial propio del delito definido en el art. 278 del CP, vid. la STS 864/2008, Sala 2ª de lo Penal, 16.XII.2008 (Ponente: DELGADO GARCÍA, Joaquín): “Ha se tratarse de un secreto de empresa, concepto más amplio que el de secreto industrial al que se refería el art. 499 de la anterior CP, ya que abarca no solo los relativos a la técnica de los procedimientos de producción, sino también los relativos al comercio u organización del negocio de que se trate”.

⁶⁸ Según MONGE FERNÁNDEZ, respecto a los delitos contra los derechos de los trabajadores, “(e)l Título XV del CP tutela una pluralidad de bienes jurídicos caracterizados por su referencia al

Por otra parte, bienes con trascendencia económica y empresarial, pero no inmediatamente colectiva, forman parte del Derecho Penal económico y de la empresa (que se analizarán en el próximo apartado), ya que dicen respecto sobre todo a las estructuras y funcionalidades propias de la empresa en tanto unidad económica. En esta categoría se incluyen los delitos societarios, sólo a título de ejemplo. Dichos bienes, con todo, asumen siempre algún *significado* colectivo y supraindividual, aunque sea sólo en nivel mediato, ya que los intereses inmediatamente tutelados son claramente individuales⁶⁹.

IV. Derecho Penal de la empresa: delimitación de su ámbito conceptual, frente al Derecho Penal económico

Como se ha indicado anteriormente, el *Derecho Penal de la empresa* constituye la parte del Derecho Penal económico que se ocupa específicamente de

trabajador como colectivo, protegiéndose por ende los ‘derechos de los trabajadores’”, en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 227-240, esp. 227.

⁶⁹ Hay también un significado mediatamente colectivo en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Al respecto, vid. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial: la tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, op. cit., págs. 352 y sig.

los *delitos de empresa*⁷⁰, es decir, de los “delitos socioeconómicos que se ejecutan a través de una empresa”, como lo expresa MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁷¹. Ahora bien, es importante tener claro que no se trata simplemente de delitos cometidos por una empresa (o dentro de una empresa), sino que el objeto, bien dimensionado, consiste en *delitos socioeconómicos* cometidos con utilización de las estructuras y funcionalidades propias de la unidad económica que se designa por una *empresa*⁷².

Desde ahí se identifica que los criterios inherentes al Derecho Penal económico deben ser igualmente considerados en la delimitación del objeto del Derecho Penal de la empresa, ya que éste es una rama de aquél. Es decir: el criterio general del bien jurídico protegido se revela esencial en esta identificación, al cual se añaden las dinámicas económicas propulsoras de la práctica delictuosa, aquí asociadas a las actividades empresariales de producción y distribución de bienes y servicios.

Lo contrario implicaría reconocer un ámbito de demasiada amplitud y, en cuanto tal, sin interés criminológico claramente delimitado. Como advierte TERRADILLOS BASOCO, “(...) identificar el Derecho Penal de la empresa con el

⁷⁰ Terminología adoptada por BERND SCHÜNEMANN. Vid. *supra* Cap. I, núm. II. Delimitación conceptual del Derecho Penal económico: criterios.

⁷¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 488.

⁷² Como lo expresan BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, se trata de “(...) los *delitos que se cometen a través de una empresa como entidad económica colectiva*”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho Penal Económico*, op. cit., pág. 23.

Derecho de la responsabilidad criminal del empresario nos llevaría a un ámbito tan amplio, vago y heterogéneo que nuestra disciplina perdería la posibilidad misma de unidad”⁷³.

El objeto esencial de análisis en este dominio es representado por las nociones de *criminalidad de empresa* y de *criminalidad en la empresa*, entendidas como el conjunto de los *delitos económicos cometidos a partir de una empresa*, y así delimitadas por BERND SCHÜNEMANN: (i) delitos económicos que, por medio de una actuación para una empresa, lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluso los bienes jurídicos e intereses de los colaboradores de la sociedad empresarial (*criminalidad de empresa*); (ii) los delitos cometidos por los colaboradores de la empresa contra ella misma o contra otros colaboradores (*criminalidad en la empresa*)⁷⁴.

En la misma línea, tal y como expone el propio jurista alemán, “(l)a *criminalidad de empresa (Unternehmenskriminalität)*, como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa –o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa–, establece (...) una delimitación tanto respecto a los delitos económicos cometidos al margen de una empresa, como

⁷³ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho Penal de la empresa*, op. cit., pág. 12.

⁷⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, trad. de Daniela Brückner y Juan Antonio Lascuráin Sánchez, en SAGGESE, Silvina Bacigalupo / SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo / BASALDÚA, Juan Ignacio Echano (Coord.), *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 529-558, esp. 529.

respecto a los delitos cometidos dentro de la empresa contra ella misma, o por miembros particulares contra otros miembros de la empresa”⁷⁵. Por otro lado, los actos practicados contra la empresa *ella misma* o contra sus colaboradores son llamados por SCHÜNEMANN de *criminalidad en la empresa*: “(...) se debe diferenciar entre un comportamiento socialmente dañoso de una empresa y un daño causado por colaboradores de la empresa a la misma o a otros de sus colaboradores, ya que los dos grupos de casos mencionados en último lugar, (...) conforman la llamada criminalidad en la empresa (*Betriebskriminalität*)”⁷⁶.

Es este sentido –aquí se adopta–, como la categoría de base para la investigación de los criterios de imputación objetiva de delitos económicos y empresariales al órgano directivo de la sociedad empresarial. Ahora bien, el problema particular de la responsabilidad del directivo, de todas maneras, se concentra en el dominio de la *criminalidad de empresa* –y no en el de la criminalidad en la empresa–, según la terminología de SCHÜNEMANN.

El análisis de la responsabilidad penal de órganos de la empresa, y particularmente la comisión por omisión de su órgano directivo, se inserta en el ámbito de la *criminalidad empresarial*. Cobra importancia detallar, por tanto, algunos rasgos especiales que esa suerte de criminalidad económica supone, de

⁷⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, op. cit., págs. 529-558, esp. 528 y 529.

⁷⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, op. cit., págs. 529-558, esp. 528 y 529.

modo que se pueda aclarar su influencia en la imputación objetiva de delitos a los integrantes de la estructura de la empresa. En este contexto, cumple reafirmar que el *Derecho Penal de la empresa* tiene ámbito más restringido que el del *Derecho Penal económico*, aunque comparta con éste – según refiere TERRADILLOS BASOCO – “(...) la naturaleza supraindividual de los bienes jurídicos en juego, opinión generalizadamente aceptada ya desde Liedemann cuando, rompiendo con precedentes anteriores, definió al delito económico como ‘aquel acto punible que se dirige contra el conjunto de la economía o contra ramas o elementos de la misma funcionalmente relevantes’”⁷⁷.

Por otra parte, no cabe identificar el objeto de la criminalidad empresarial solamente en el marco de la responsabilidad del administrador, ya que, como advierte el mismo jurista antes citado, “(...) en el seno de la estructura empresarial se entrecruza la actividad de múltiples sujetos, lo que impide que nos centremos en uno solo de ellos”⁷⁸.

Así pues, puede decirse que el Derecho Penal empresarial tiene como objeto los delitos económicos asociados a la estructura de la empresa entendida como *organización*, desde una perspectiva interna, por una parte, o desde una perspectiva externa, por otra. Dicho de otro modo, se trata de los *delitos contra intereses difusos o colectivos* que se practican en consecuencia de la *dinámica organizacional* y de la

⁷⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, op. cit., pág. 12.

⁷⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, op. cit., pág. 12.

iniciativa económica empresarial, es decir, de la actividad desarrollada por los diferentes sujetos que integran una estructura organizada de producción y/o circulación de bienes o servicios⁷⁹.

Los delitos empresariales, en este sentido, pueden lesionar tanto *bienes jurídicos externos y ajenos a la empresa* como *bienes propios de los colaboradores de la empresa*, desde que en uno u otro caso haya una *trascendencia colectiva* del interés protegido. Como subrayan BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, “(c)on el concepto de ‘*criminalidad de la empresa*’ se designa (...) todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de la actuación *para* la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa”⁸⁰.

Conforme a la misma lógica, TERRADILLOS BASOCO, con base en DI AMATO, señala que entre las normas de Derecho Penal empresarial se distinguen, (i) las que constituyen un *estatuto penal de la empresa* (delitos societarios, quiebras) de (ii) las estructuradas teniendo en cuenta la *actividad productiva y de intercambio de bienes*

⁷⁹ MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., págs. 487 y sig. Vid. también FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 40, 2007, págs. 5-25, esp. 2 y 3, y CERVINI, Raúl / ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa – desde una visión garantista*, op. cit., págs. 46 y sig.

⁸⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho Penal Económico*, op. cit., pág. 23.

(delitos contra la libertad de mercado, contra los consumidores, contra el medio ambiente y contra la Hacienda Pública)⁸¹.

Por lo tanto, dentro de los múltiples bienes jurídicos afectados por la actividad empresarial (vida, salud e integridad física, medio ambiente, salud pública, régimen de libre competencia, transparencia del sistema financiero, etc.), existen aquellos que se refieren *particularmente* a la *organización empresarial*, en el sentido de que los delitos respectivos son de forma especial favorecidos o inevitablemente asociados a ella.

Bajo el mismo orden de ideas, conforme al buen criterio de REQUENA JULIANI, cabe distinguir los *delitos económicos vinculados a la empresa como fuente de riesgos externos hacia bienes colectivos* (delitos contra la salud pública y contra el medio ambiente, por ejemplo) de los *delitos económicos vinculados al propio desarrollo de la actividad empresarial* (competencia desleal, blanqueo de capitales, delitos fiscales)⁸².

V. Derecho Penal del Riesgo y expansión del sistema penal

⁸¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, op. cit., pág. 15.

⁸² REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, en BACIGALUPO, Enrique, *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 157-176, esp. 157. Vid. también BACIGALUPO, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, en BACIGALUPO, Enrique, *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 177-192, esp. 177 y 178.

Una vez que se han delimitado los parámetros conceptuales del Derecho Penal económico y del Derecho Penal de la empresa, cumple examinar la institución del *Derecho Penal del riesgo*, como categoría igualmente necesaria para el ulterior análisis de la responsabilidad del órgano de administración de la empresa, ya que los delitos económicos, en expresiva parte, encierran un particular matiz de riesgo en la sociedad contemporánea⁸³, y ello suscita especiales problemas de imputación a título de omisión, sobre todo en el ámbito de los delitos de peligro⁸⁴.

La expansión del Derecho Penal es un fenómeno indudablemente asociado a la *sociedad de riesgo* (*Risikogesellschaft*), conforme a la expresión acuñada por ULRICH BECK, en la cual una multiplicidad de factores –en particular las avanzadas y veloces tecnologías– representa fuente de niveles de ofensividad antes desconocidos⁸⁵, lo que plantea múltiples e inéditos desafíos a la política criminal y a la dogmática penal contemporáneas.

⁸³ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del Riesgo e Intervención Penal”, op. cit., págs. 1-25.

⁸⁴ BACIGALUPO, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, op. cit., págs. 177-192, esp. 177 y 178.

⁸⁵ Vid. el estudio más reciente que trata de la pertinencia global de la sociedad del riesgo: BECK, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo Mundial: en busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2007, pág. 23. Según expone el autor, “(e)n las sociedades de riesgo las consecuencias de los éxitos de la modernización se han convertido, a causa de su velocidad y radicalidad, en tema. El riesgo adquiere un nuevo carácter porque parte de las condiciones de su cálculo y procesamiento institucional fallan. En tales circunstancias, se desarrolla un nuevo clima moral de la política en el

Delineando la esfera de dicha sociedad de riesgo, WINFRIED HASSEMER subraya que, “(n)os encontramos pues –en cualquier caso en nuestra concepción de la realidad– en una situación de riesgo y nos sentimos amenazados por graves riesgos: crisis financieras mundiales, contaminación ambiental, migración fuera de control, violencia juvenil e infantil, desempleo pavoroso y movilidad social en descenso, terrorismo y crimen organizado, guerra y peligro de la guerra”⁸⁶. Y añade con propiedad el mismo autor que todos esos peligros poseen dos cualidades: capacidad destructiva e imposibilidad de control, lo que desencadena, “(...) una parálisis en la capacidad de defensa del ser humano y de la sociedad”⁸⁷.

Este estado de cosas, a juicio de HASSEMER, conlleva el desarrollo de, “(...) poderosas y desarticuladas necesidades de control (como en el chiste del borracho

que las valoraciones de las diferentes culturas y países desempeñan un papel central y los pros y contras de las consecuencias posibles o reales de decisiones técnicas y económicas se debaten en público. (...) Los conflictos conducen a nuevas institucionalizaciones; es más, incluso han contribuido al nacimiento de una nueva especialidad jurídica, el derecho del riesgo, que regula sobre todo los riesgos de origen científico-técnico y actúa mayoritariamente en el ámbito de la administración, si bien se extiende progresivamente al de la investigación”.

⁸⁶ HASSEMER, Winfried, “La medida de la Constitución”, en CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / ORTS BERENQUER, E. (Dir.) / CUERDA ARNAU, M. L. (Coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 974.

⁸⁷ HASSEMER, Winfried, “La medida de la Constitución”, op. cit., pág. 975.

que en la noche pierde las llaves de su casa y que las busca sólo y únicamente debajo de un farol en la calle porque sólo allí hay más luz)”⁸⁸.

La insuficiencia de las medidas de prevención social neutralizadoras de los riesgos y el descrédito de las demás instancias de control han dado lugar a la expansión del sistema penal, delineándose lo que suele llamarse *Derecho Penal del riesgo*, según la fórmula concebida en 1993 por CORNELIUS PRITTWITZ⁸⁹. Esta realidad se caracteriza por la progresiva “administrativización” del Derecho Penal, la anticipación de la reacción punitiva para alcanzar meros supuestos de riesgo – hasta al punto de presumirse el peligro– y las restricciones a derechos y garantías individuales, lo cual expresa una tendencia de regulación penal omnipresente, en una tentativa de desactivación remota de las nuevas fuentes de ofensividad.

La incriminación de supuestos de mero peligro en esta esfera ha constituido el aparato principal asociado al objetivo de control penal absoluto de dichas fuentes ofensivas, hasta un nivel remoto. Ello supone un más intenso nivel de restricción a la libertad de acción de la persona, ya que el sistema penal se expande para abarcar nuevas esferas de riesgo prohibido. Tal y como expresa ALEJANDRO KISS, “(c)ada

⁸⁸ HASSEMER, Winfried, “La medida de la Constitución”, op. cit., pág. 975.

⁸⁹ Vid. PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993. En español, vid. el artículo: PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad de Riesgo y Derecho Penal”, en ARROYO ZAPATERO, Luis / NEUMANN, Ulfrid / MARTÍN, Adán Nieto (Coord.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, págs. 259-287.

adelantamiento de punibilidad provoca un recorte de la libertad general de acción, pues agrega una conducta al ámbito de lo prohibido. Ello enfrenta por lo menos a dos intereses constitucionales, la protección de bienes jurídicos y la libertad general de acción. En principio, el legislador es el encargado de ponderar los intereses en contraposición y decidir, conforme al principio de proporcionalidad, el sitio por el que ha de transcurrir el límite entre la seguridad y la libertad”⁹⁰.

Además, esa situación ha tenido un efecto de contagio en todo el sistema, incluso englobando ámbitos no merecedores de tales expansiones punitivas. Asociado a la protección de bienes jurídicos colectivos e indeterminados, tal expansión puede asumir un carácter ilimitado. Al respecto, según refiere CANCIO MELIÁ, “(l)a crítica principal que se ha dirigido contra estas aproximaciones [bienes jurídicos colectivos] coincide en su núcleo con las objeciones planteadas contra la tesis de la anticipación [de la intervención penal]: la indeterminación de las descripciones utilizadas (como revelaría que tan sólo supondrían una reformulación del cometido del ordenamiento jurídico penal en su conjunto) por este sector para caracterizar el objeto de protección colectivo abriría las puertas a una criminalización ilimitada”⁹¹.

⁹⁰ KISS, Alejandro, “Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo ‘adelantado’?”, en *InDret* 1, Revista para el Análisis del Derecho, enero de 2015, pág. 21.

⁹¹ CANCIO MELIÁ, Miguel, “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 74, mayo-agosto 2008, págs. 245-287, esp. 260.

El propio concepto de *Derecho Penal del riesgo*, tal y como lo propone CORNELIUS PRITTWITZ, encierra estas características, en un contexto de *sociedad de riesgos* y de *expansión punitiva*: (i) “la admisión de nuevos candidatos en ámbito de los bienes jurídicos (tales como el medio ambiente, la salud pública, el mercado de capital...); (ii) el “adelantamiento de los límites entre el comportamiento punible y no punible”; (iii) la “reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo cual se expresa en un cambio de paradigma que pasa de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo como centro del reproche”⁹².

Como bien lo señala MARTOS NUÑEZ, “(e)l ‘Derecho Penal de riesgo’, uno de cuyos instrumentos básicos está conformado por los ‘delitos de peligro’, no sólo pretende encarar los nuevos riesgos tecnológicos, sino también controlar todo riesgo, incluso antes de su nacimiento. No sólo se limita a los nuevos riesgos típicos del presente sino que se contagia a todo el conjunto del sistema con un afán preventivo de control absoluto. Algunas de las manifestaciones expansivas están determinadas por los cambios tecnológicos y las nuevas formas de agresión a intereses o bienes tutelados penalmente, por ejemplo los delitos contra el medio ambiente, contra la seguridad colectiva y contra la salud pública”⁹³.

⁹² PRITTWITZ, Cornelius, “Derecho Penal del Riesgo y Derecho Penal del Enemigo”, op. cit., págs. 1-18, esp. 10 y 11.

⁹³ MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, “Introducción al Derecho Penal Ambiental”, en MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio (Director), *Derecho Penal Ambiental*, Exlibris, Madrid, 2006, págs. 15-51, esp. 49.

Conviene poner de relieve el panorama de alarma social en torno a los riesgos propios de la contemporaneidad, lo que explica la exagerada valorización del aparato penal, visto como reacción más cómoda y exitosa contra la realidad citada, aunque haya que relativizar los principios con los cuales se ha forjado el denominado Derecho Penal mínimo o garantista. En este contexto, HASSEMER, según la precisa referencia de CLAUS ROXIN, llega a proponer “una reducción del Derecho penal a un ‘Derecho penal nuclear’ y propugna resolver los indicados problemas ‘modernos’ mediante un ‘Derecho de la intervención’, que ‘esté situado entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho civil y el público, y que ciertamente dispondrá de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho penal, pero que en cambio estará dotado de sanciones menos intensas frente a los individuos’”⁹⁴.

La explicación de las características de la sociedad de riesgo engloba diversos factores que se refieren, en último análisis, a las innovaciones tecnológicas sin precedentes. Tal y como expone SILVA SÁNCHEZ en su clásica monografía a respecto del tema, “(...) la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad”⁹⁵. Y añade el autor,

⁹⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. de la 6ª ed. por Diego-Manuel Luzón Peña, 2ª ed., Civitas, Madrid, pág. 61.

⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 27.

con respecto al *riesgo de procedencia humana*, “(e)l extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual, como también la tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos.

Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. De entre ellas, la que interesa aquí resaltar es la configuración del *riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural*. Ello se debe al hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera”⁹⁶.

La situación anteriormente descrita, asociada al descrédito de las otras instancias de protección y a factores como la identificación de la mayoría social como víctima de los supuestos de riesgo, ha expandido la intervención penal, lo que se refleja particularmente en el incremento de la incriminación de hechos de peligro, anticipándose así la respuesta penal, ya presente antes de cualquier lesión al bien jurídico normativamente tutelado.

⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pág. 28.

La globalización económica, la integración de los mercados y la delincuencia organizada constituyen factores que fortalecen la expansión del sistema penal y, debido a la multiplicidad de riesgos que esas realidades suponen, se ha conformado un Derecho Penal de contornos especiales, sostenido por una incriminación amplia y a veces incontrolable, a través de las categorías extremas de los delitos de peligro abstracto y de mera actividad.

Así pues, no existen dudas de que la sociedad contemporánea reivindica una gama diversa de revisiones dogmáticas, especialmente en el marco de las garantías penales. Se identifica, en ese contexto, un claro conflicto entre el *Derecho Penal mínimo* de cariz garantista⁹⁷ y el *Derecho Penal máximo* de carácter meramente funcionalista. En este sentido, ROXIN refiere así el panorama de ese conflicto, “(a) un contexto similar pertenece la reciente discusión en torno al ‘Derecho penal del riesgo’, que fue suscitada por el libro del sociólogo Beck sobre la ‘sociedad de riesgo’ (‘Risikogesellschaft’, 1986⁹⁸) y que ha sido tratada por primera vez monográficamente en la obra de Prittwitz sobre ‘Derecho penal y riesgo’ (‘Strafrecht und Risiko’, 1993⁹⁹). En ella se trata de la cuestión de hasta qué punto el Derecho penal está en condiciones de hacer frente, con su tradicional instrumental

⁹⁷ Sobre el *derecho penal mínimo como técnica de tutela de los derechos fundamentales*, vid. FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e Ragione – Teoria del garantismo penale*, op. cit., págs. 329 y 330.

⁹⁸ BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

⁹⁹ PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Juristische Abhandlungen, Frankfurt am Main, 1993.

liberal y ajustado al Estado de Derecho al que también pertenece todo el concepto de bien jurídico, a los modernos riesgos de la vida (como los de tipo atómico, químico, ecológico o de técnica genética).

Muchos responden negativamente a esta cuestión y aluden a la necesidad de desactivar las causas sociales de las que surgen tales riesgos. En tal caso y como eso sólo es posible siempre de modo limitado, lo cierto es que no se podrá renunciar totalmente a la intervención del Derecho penal en este campo. Pero también al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho, y donde ello no sea posible debe abstenerse de intervenir. ‘Sólo hay espacio para el Derecho penal allí donde las decisiones sobre el riesgo puedan atribuirse individualmente de modo justo’¹⁰⁰.

Con el objetivo de conciliar la funcionalidad del Derecho Penal en la contemporánea sociedad de riesgo, con un mínimo de garantismo, SILVA SÁNCHEZ llega a proponer la solución intermedia del “Derecho Penal de dos velocidades”¹⁰¹, en el cual se conjuga el garantismo clásico, aplicable a los delitos tradicionales, con un Derecho Penal especial, restrictivo de las garantías, aplicable a las nuevas formas de delincuencia.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., pág. 60.

¹⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pág. 159.

Sin embargo, a juicio del autor citado, el garantismo debe ser estrictamente observado cuando se trate de delitos penados con sanciones privativas de libertad, debiéndose reservar para los delitos económicos, a fin de legitimar las restricciones a las garantías, sanciones diversas de la prisión¹⁰².

El referido Derecho Penal del riesgo, como se ha puesto de manifiesto, es el fundamento del creciente empleo de técnicas de tipificación de hechos de peligro por el legislador¹⁰³, lo que en la práctica se traduce en mayor (peligro concreto), intermedia (peligro hipotético) o menor (peligro abstracto) precisión en cuanto al grado de apertura y definición del contenido del tipo de injusto¹⁰⁴.

¹⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pág. 160.

¹⁰³ Así, específicamente respecto del Derecho Penal Ambiental, se expresa MARTOS NÚÑEZ, en comentario al tipo básico de peligro hipotético del artículo 325 del Código Penal español, cuando expone, “(e)l Derecho Penal de riesgo, sobre el que se fundamenta, técnicamente, la tipificación del Derecho Penal Ambiental, descansa, básicamente, sobre los delitos de peligro en general, y los de peligro hipotético en particular, cuando la conducta ‘pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistema naturales’”, en MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, “Introducción al Derecho Penal Ambiental”, op. cit., pág. 50.

¹⁰⁴ Sobre los orígenes y la tendencia de expansión de los tipos de peligro, vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, op. cit., págs. 51-58.

CAPÍTULO II

PRINCIPALES PROBLEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL

I. Consideraciones generales

Aunque el tema de esta tesis se asocie particularmente a la responsabilidad del órgano de administración de la sociedad empresarial, es esencial examinar también dos ámbitos de imputación penal: (i) la responsabilidad de la propia empresa; (ii) la responsabilidad de los diversos órganos de la empresa.

Esa opción sistemática obedece al objetivo de mejor delimitación de responsabilidades exclusivas y compartidas en el seno de la empresa, lo cual permitirá un entendimiento más claro del específico ámbito de responsabilidad del administrador. En este contexto, sólo la graduación de diversos niveles de responsabilidad penal en la estructura de la empresa posibilitará el discernimiento de las características esenciales y diferenciales de la responsabilidad propia del órgano directivo, más allá de las características comunes.

También es importante apuntar que existen problemas criminológicos y político-criminales comunes a las diversas formas de responsabilidad relacionadas a la sociedad empresarial, mientras que otras problemáticas son exclusivas de la responsabilidad penal del órgano de administración¹⁰⁵. Para la precisa comprensión de la temática que aquí se plantea es necesario distinguir los primeros de las últimas.

II. La responsabilidad penal de la empresa

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, identificado como necesidad político-criminal incluso en nivel supranacional¹⁰⁶, parece haber superado en larga medida las tradicionales dificultades dogmáticas que antes se planteaban en los sistemas de la tradición romano-germánica¹⁰⁷, aunque

¹⁰⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 516 y sig.

¹⁰⁶ Así, vid. DE FARIA COSTA, José, “La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho Penal)”, trad. de Alejandro Freeland LÓPEZ LECUBE, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Ed. española) / SCHÜNEMANN, Bernd / FIGUEIREDO DIAS, Jorge (Coord.), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 425-443, esp. 425 y 426.

¹⁰⁷ Como señala SILVA SÁNCHEZ, “(e)n la discusión de las últimas décadas acerca de si las personas jurídicas deben recibir algún tipo de consecuencia jurídico-penal (o, mejor, de consecuencia jurídica impuesta en el proceso penal), parece haberse dado por sentado que existe na necesidad político-criminal de que así sea, surgiendo, en cambio, las dificultades de la dogmática de

para ello sea necesaria una reformulación de la tradicional teoría del delito¹⁰⁸. En efecto, se verifica actualmente, en expresiva parcela de dichos sistemas, una ampliación de los modelos de responsabilidad penal de entes colectivos, aunque haya todavía cierta resistencia de cierta parte de la doctrina, más apegada a los modelos tradicionales de acción y de culpabilidad. Lo cierto es que la máxima “*societas delinquere non potest*” no ejerce, en la actualidad, el mismo efecto de antes, ni siquiera en el Derecho Penal alemán (que todavía adopta un modelo de sanciones administrativas) o, en general, en los sistemas del derecho continental europeo, que por el contrario han consagrado progresivamente sistemas de imputación penal a los entes colectivos¹⁰⁹. Puede decirse que las necesidades

la teoría del delito”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, Editorial B de F, Madrid, 2016, pág. 285.

¹⁰⁸ “(...) resulta evidente que la teoría tradicional del delito, construida sobre la base de la conducta de un agente individual, hace surgir obstáculos cuando se trata de aplicarla a la actuación de personas jurídicas”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, op. cit., pág. 286.

¹⁰⁹ Según HEINE, “(e)l aforismo *societas delinquere non potest* predominó, hasta hace pocos años, en el derecho penal de Europa continental. Después de la intensa discusión de los años cincuenta, parecía impensable la represión penal de las empresas, sobre todo en el ámbito germanófilo. Debido a la fuerte influencia que los ordenamientos jurídicos ejercían sobre las empresas, el legislador estableció, en Alemania, Austria y Suiza, sanciones específicas para las organizaciones tanto en el derecho de contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) como en el derecho penal administrativo (...). Sin embargo, tales intervenciones puntuales en las empresas no han sido consideradas suficientes. Lo notable de los más recientes postulados a favor de una responsabilidad penal más amplia de la empresa es que provienen de las canteras dogmáticas más diversas”, en HEINE, Günther, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, en POZO, José Hurtado (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas*

político-criminales han orientado los esfuerzos de construcción de una dogmática específicamente referida a las personas jurídicas.

El Derecho Penal español, en particular, ha transitado de un modelo de *consecuencias accesorias*, en el Código Penal de 1995 (art. 129), hacia uno de *responsabilidad penal directa y autónoma de personas jurídicas*, tras la reforma legislativa de 2010 (LO 5/2010)¹¹⁰. Este modelo se ha ampliado desde la reciente reforma emprendida por la LO 1/2015, de 30 marzo¹¹¹.

A) La problemática de la responsabilidad de las

jurídicas, Anuario Derecho Penal '96, Grijley, 1997, págs. 19-45, esp. 19. En el mismo sentido, TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en POZO, José Hurtado (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Anuario Derecho Penal '96, Grijley, 1997, págs. 97-126, esp. 99 y 100.

¹¹⁰ Sobre las principales características de la reforma de 2010 (LO 5/2010), vid. especialmente CARBONELL MATEU, Juan Carlos / MORALES PRATS, Fermín, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 55-86. Vid. también DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Dir.) / BARRANCO, Norberto J. De la Mata (Coord.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 49-102.

¹¹¹ Acerca de la reforma de 2015 (LO 1/2015), vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, t. II, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, págs. 53-60. Vid. también PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso, “La responsabilidad de las personas jurídicas”, en BASALDÚA, Juan Ignacio Echano (Dir.), *La reforma del Código penal a debate, Cuadernos Penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2016, págs. 99-140.

**personas jurídicas: aspectos criminológicos,
político-criminales y dogmáticos**

El contexto contemporáneo de la macro-criminalidad económica y de la criminalidad de empresa ha sido el factor de más acentuada relevancia en la discusión en torno a la necesidad político-criminal de imputación penal de hechos típicos a entes colectivos. Se trata, por tanto, de examinar el fenómeno criminológico particular de la práctica de delitos económicos a partir de las sociedades empresariales. Tal y como lo expresa SILVINA BACIGALUPO, “(e)n la actualidad el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra relacionado, fundamentalmente, al ámbito de los *delitos económicos*, es decir, a todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico. En este contexto, resulta de especial importancia la *criminalidad de empresa*, como suma de todos los *delitos que se cometen a partir de una empresa o a través de entidades colectivas*”¹¹².

La persona jurídica siempre ha significado socialmente una entidad propicia a la práctica delictuosa por parte de sus órganos y representantes. Según TIEDEMANN,

¹¹² BACIGALUPO, Silvina, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 23.

“(…) la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita y incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación”¹¹³.

En efecto, el agente encuentra, en la entidad colectiva, un contexto de protección o de ocultación de hechos ilícitos. Los esfuerzos emprendidos para la revisión dogmática tradicional y los experimentos prácticos de nuevos sistemas tienen origen en la carga criminógena representada por la persona jurídica y en particular por la estructura compleja de la empresa, especialmente las grandes corporaciones. La política criminal encuentra, por tanto, un desafío cada vez más intenso, y las soluciones tradicionales se han revelado ineficaces¹¹⁴. Tal y como lo expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(…) es frecuente incluso que se hable de una auténtica *necesidad político-criminal* de castigar directamente a la agrupación de

¹¹³ TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Comparado”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 11, jul./set. 1995, págs. 21-35, esp. 22. ID., TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., págs. 97-126.

¹¹⁴ Según HEINE, “(l)os temas actuales de la política criminal son, por ejemplo, la criminalidad económica, el lavado de dinero, la responsabilidad por productos defectuosos, la protección penal del medio ambiente. Estos ámbitos están básicamente impregnados de modelos de conducta colectiva, siendo las empresas, en tanto elementos propios de la sociedad industrial moderna, los agentes del desarrollo social. De acuerdo con esto, la influencia real de las asociaciones, empresas y bancos se encuentra en el primer plano de la política criminal. Pero si se recurre al Derecho penal tradicional para identificar a los autores al interior de las empresas, se encontrarán innumerables dificultades”, en HEINE, Günther, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, op. cit., págs. 19-45, esp. 20.

personas que constituye una empresa en el supuesto de que se ejecute un delito en el ámbito de actuación del propio ente colectivo”¹¹⁵.

La admisión de la responsabilidad penal de entes colectivos encuentra, con todo, fuertes obstáculos dogmáticos sobretodo en los sistemas asociados a la tradición romano-germánica (*derecho continental europeo*), apegados a la máxima del *societas delinquere non potest*. Sólo en los sistemas de tradición anglo-americana (*derecho anglosajón*) siempre se ha admitido la responsabilidad de entes colectivos. Como ya se ha destacado, entretanto, mismo en los sistemas continentales europeos las tradicionales dificultades han sido superadas por nuevos modelos dogmáticos de imputación dirigidos a las personas jurídicas.

En este contexto, desde la admisión de la hipótesis en el Código Penal francés de 1994¹¹⁶, se identifica una tendencia de reformulación dogmática de los conceptos de acción y de culpabilidad en los sistemas de origen romano-germánico, y las resistencias doctrinales, aunque todavía presentes, se han reducido sensiblemente. En el Derecho Penal español, se ha reconocido la responsabilidad de las personas jurídicas con la reforma llevada a efecto por la LO 5/2010. Más recientemente se ha ampliado dicho régimen, con la reforma de la LO 1/2015.

¹¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 533.

¹¹⁶ Para más detalles sobre el sistema francés, cfr. REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo, “A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês”, en *Revista Opinião Jurídica*, vol. 6, núm. 10, Faculdade Christus, Fortaleza, 2008, págs. 131-146.

B) Referencias en torno al Derecho comparado

En el Derecho Penal comparado se encuentran también otras soluciones de combate a la criminalidad empresarial, diferentes de la responsabilidad penal de la empresa: el *modelo de la responsabilidad civil, subsidiaria o solidaria de la persona jurídica* por los delitos cometidos por sus órganos o representantes; el *modelo de las medidas de seguridad*; el *modelo de las sanciones administrativas*; el *modelo de las medidas mixtas, de carácter penal, administrativo o civil*¹¹⁷.

El *modelo de las sanciones administrativas* se adopta, a título de ejemplo, en Alemania (art. 31, OWiG), Italia (Decreto-Legislativo 231/2001), Austria, Bulgaria, Grecia y Letonia¹¹⁸. En este sistema se prevén infracciones administrativas, especiales deberes de cumplimiento impuestos a las personas jurídicas y la actuación del derecho administrativo sancionador en caso de incumplimiento de los deberes asignados. Se establecen, por tanto, sanciones administrativas como consecuencia jurídica del delito practicado a partir de la empresa. En este campo se identifica el claro apego a la máxima tradicional *societas delinquere non potest*. Hay una clara

¹¹⁷ Para más detalles sobre los diversos sistemas, vid. TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Comparado”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 11, jul./set. 1995, págs. 21-35.

¹¹⁸ HEINE, Günther, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, op. cit., págs. 19-45, esp. 26.

tendencia internacional, con todo, a favor de la sanción penal de las organizaciones, según expone HEINE¹¹⁹.

Por otro lado, adoptan modelos de *responsabilidad penal de la persona jurídica*, a título de ejemplo: Reino Unido (*The Criminal Justice Act*, de 1925, y *The Bribery Act*, de 2010); Estados Unidos; Canadá, Australia; Holanda (art. 51, Código Penal, a partir de reforma introducida por una ley de 1976); Francia (art. 121-2, Código Penal de 1994); España (art. 31 bis, Código Penal, tras la reforma de la LO 1/2010); Portugal (art. 11, Código Penal de 1982); Holanda; Bélgica; Dinamarca; Suiza (desde 2003)¹²⁰.

Algunos Estados europeos admiten la responsabilidad penal sólo a título de excepción, como es el caso de Luxemburgo (en materia fiscal) y de Suecia, Noruega y Dinamarca¹²¹, aunque en este último sistema la abundancia de leyes especiales reguladoras de determinadas materias (medio ambiente y producción agrícola, por ejemplo) torna el fenómeno casi la regla¹²². Este es también el caso, fuera de Europa, del Derecho Penal brasileño, que sólo admite la responsabilidad penal de las

¹¹⁹ HEINE, Günther, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, op. cit., págs. 19-45, esp. 27.

¹²⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos / MORALES PRATS, Fermín, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., págs. 55-86, esp. 65.

¹²¹ HEINE, Günther, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, op. cit., págs. 19-45, esp. 26.

¹²² TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Comparado”, op. cit., págs. 21-35.

personas jurídicas en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente (Ley 9.605/1998).

A su vez, Holanda admite la responsabilidad penal de la persona jurídica desde 1976 (art. 51 del Código Penal, inserto por una ley de 23 de julio de 1976). Dinamarca y Noruega la admiten desde 1991; Finlandia, desde 1995; Estonia, desde 1998; Bélgica, desde 1999¹²³.

Se puede decir que la admisión de la hipótesis en comento ha sido la tendencia en la Unión Europea, desde la Recomendación R (88) – 18 del Comité de los Ministros del Consejo de Europa, “concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l’exercice de leurs activités”¹²⁴. Otros actos comunitarios son importantes en el mismo contexto, como el artículo 3º del Convenio del Consejo de la Unión Europea relativo a la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas, que trata de la responsabilidad de los jefes de empresa¹²⁵.

¹²³ BELGHOUL, Fabrice, *L’extension de la responsabilité pénale des personnes morales*, Mémoire du DEA de Droit Économique et des Affaires d’Orléans, Orléans, 2003, pág. 10. Disponible en village-justice.com. / TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Comparado”, op. cit., págs. 21-35.

¹²⁴ Recommandation R (88) – 18, du 20 octobre 1988, Conseil d’Europe, Comité des Ministres, Strasbourg, Conseil d’Europe, Division des publications et des documents, 1990.

¹²⁵ Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, 26 de julio de 1995, Consejo de la Unión Europea, Luxemburgo, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 27 de noviembre de 1995: “Responsabilidad penal de los jefes de empresa – Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir que los jefes de empresa o

En el Derecho Comparado europeo, se identifican dos categorías de sistemas que admiten la responsabilidad de la persona jurídica: (i) el de los Estados que admiten una *responsabilidad directa de la persona jurídica*, como sucede en Bélgica y en Holanda; (ii) y el de los Estados que consagran una *responsabilidad indirecta de la persona jurídica*, como sucede en el Reino Unido, en Francia y, más recientemente, en España.

El sistema de responsabilidad directa se basa esencialmente en la *teoría de la responsabilidad funcional*, desarrollada en Holanda. Según esta concepción, la persona jurídica es responsabilizada en razón de las funciones que ejerce. La responsabilidad, en este caso, es directa, ya que no se exige la comisión del delito por un órgano o representante de la persona jurídica para que ésta sea penalmente imputable.

Por otra parte, en el sistema de la responsabilidad indirecta, la imputación a la persona jurídica existe cuando un órgano o representante suyo practica el hecho penalmente típico. La responsabilidad, por lo tanto, es indirecta o refleja, operándose por intermedio del órgano o representante de la persona jurídica.

En el Derecho británico, la responsabilidad de la persona jurídica es automática en función de la *strict liability* o *non-vicarious liability* –por hecho

cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de las empresas puedan ser declarados penalmente responsables con arreglo a los principios definidos por su derecho interno en caso de fraude que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, tal como figuran en el artículo 1, por una persona sometida a su autoridad por cuenta de la empresa”.

personal– y de la *vicarious liability* –por hecho de otro–, las cuales pertenecen a la categoría de la responsabilidad penal objetiva. La normativa vigente en el Reino Unido se compone básicamente del *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* e del *Bribery Act 2010*. Ambos actos, sobre todo el último, disciplinan también el problema de la responsabilidad de los directivos. La (i) *strict liability (non-vicarious liability)*, o *responsabilidad estricta o no vicarial*, se aplica bajo el “*principio de identificación*” a los hechos que incluyan un elemento intelectual y volitivo (intención, deshonestidad u conocimiento), mientras la (ii) *vicarious liability*, o *responsabilidad vicarial*, se aplica a los hechos en que no se exige la prueba de cualquier elemento personal o mental¹²⁶.

Con respecto a la responsabilidad penal subjetiva, la jurisprudencia británica ha desarrollado la *teoría de la identificación*, según la cual la conducta de los directivos de la persona jurídica puede asimilarse al comportamiento de la propia

¹²⁶ GRIMES, Jonathan / NIBLOCK, Rebecca / MADDEN, Lorna, “Corporate Criminal Liability in the UK: the introduction of deferred prosecution agreements, proposals, for further change, and the consequences for officers and senior managers”, in *Multi-Jurisdictional Guide 2013/2014, Corporate Crime, Fraud and Investigations*, Association of Corporate Counsel, 2014, págs. 1-9, esp. 4. Disponible en global.practicallaw.com. “For most other offences, including all of those to which DPAs will apply, there are two legal principles by which a company can be prosecuted for criminal offences: Vicarious liability, which applies principally to offences where there is no requirement to prove any mental element; Non-vicarious liability, which can apply under the ‘identification principle’ to offences that include a mental element (such as intent, dishonesty or knowledge) within their definition”.

entidad¹²⁷. Se trata, por tanto, de un modelo de responsabilidad *indirecta* de las personas jurídicas: la responsabilidad del ente se configura cuando un órgano o representante suyo comete la infracción.

En el contexto descrito, dentro de los sistemas de responsabilidad directa y de responsabilidad indirecta, hay que distinguir también tres modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica, según refiere HEINE: (i) “en el primero (el acto del órgano como falta de la empresa), el hilo conductor es la clásica teoría de la identificación: una corporación debe ser identificada con las personas que de manera activa son responsables por ella”; (ii) “en el segundo (organización deficiente de la corporación), se pone en relación una determinada desarreglo social (por ejemplo, un delito económico o un acto de enriquecimiento de la empresa) con una organización deficiente de la corporación. A diferencia del primero, no es necesario que se verifique si el acto es obra de un representante de la empresa. Pero, si deben presentarse diferencias en su organización”; (iii) “en el tercero (principio de causalidad), se renuncia completamente a la prueba de tales errores”¹²⁸.

Se pueden sintetizar así los tres modelos: (i) *modelo de responsabilidad indirecta por identificación de la empresa con los actos de sus órganos*; (ii) *modelo*

¹²⁷ Así es también en el Derecho Penal finlandés, según referencia de BELGHOUL, en BELGHOUL, Fabrice, *L'extension de la responsabilité pénale des personnes morales*, op. cit., pág. 11.

¹²⁸ HEINE, Günther, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, op. cit., págs. 19-45, esp. 29.

de responsabilidad directa por defecto de organización; (iii) modelo de responsabilidad directa objetiva (basado en la mera causalidad).

Por otra parte, cabe comentar que el Derecho estadounidense, por ejemplo, adopta desde 1991 un sistema de responsabilidad por defecto de organización, en cuyo contexto se aplica la lógica del *carrot and stick*: “(s)i la sociedad empresarial ha adoptado controles eficaces para prevenir los delitos *ex ante* y colabora *ex post* en aras al descubrimiento del autor individual, podrá aspirar a una exención de pena o a una atenuación de la misma”, según refieren CARBONELL MATEU y MORALES PRATS¹²⁹.

Desde la reforma de 2010, el Derecho Penal español también prevé, conforme a la referencia de los mismos juristas citados anteriormente, un “(...), conjunto de circunstancias atenuantes de responsabilidad de la persona jurídica, cifradas básicamente en la idea de colaboración con las autoridades judiciales”, pero antes de la reforma de 2015 no se contemplaba “(...) vía de exención alguna de responsabilidad de las personas jurídicas”¹³⁰. El sistema de circunstancias atenuantes no ha sido esencialmente modificado por la reforma de 2015 (art. 31 *bis*.4, CP), pero ahora se contempla también una cláusula general de *exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en la hipótesis de actuación de sus representantes o*

¹²⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos / MORALES PRATS, Fermín, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., págs. 55-86, esp. 59.

¹³⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos / MORALES PRATS, Fermín, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., pág. 60.

dirigentes (art. 31 *bis.2*, CP)¹³¹. A continuación, se examinará con más detalles el sistema español, tras la reforma operada por la LO 1/2015.

C) Derecho Penal español actual

El Derecho Penal español, desde la reforma operada por la LO 5/2010, ha consagrado por primera vez la responsabilidad penal de la persona jurídica. Según POLAINO NAVARRETE, “(l)a LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP, incorporó por vez primera en el ordenamiento punitivo español la regulación positiva de la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, con plena independencia de la que pueda corresponder a las personas físicas que actúen en el contexto de la actividad propia de la persona jurídica”¹³².

A nuestro juicio, se trata de un *modelo de responsabilidad indirecta* (art. 31 *bis* del CP), ya que, aunque no se exija la punición del representante (art. 31 *ter.1*, CP), la responsabilidad de la persona jurídica sí depende de la comisión de un hecho delictivo por un órgano o representante suyo. Tal y como lo expone CUELLO CONTRERAS, “(...) el hecho de que la responsabilidad penal de la persona jurídica

¹³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 55.

¹³² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 40.

no presuponga necesariamente la condena penal también del representante que actuó en su nombre, no debe ocultar la importancia decisiva del hecho de que sí depende de la presencia de un hecho delictivo de aquél”¹³³. En este sentido, POLAINO NAVARRETE expone la misma advertencia, al señalar que “(...) la norma [art. 31 *bis*.1 CP] ha de ser comprendida conforme a una interpretación sistemática y teleológica que requiere la **efectiva comisión de delito** por persona física, en el ámbito de su actuación en provecho y por cuenta de la persona jurídica, pues en otro caso se vulneraría el **principio de acto** en Derecho penal”¹³⁴.

La no exigencia de la punición del representante, con todo, puede llevar a la caracterización del modelo español –conforme a cierto criterio– como uno de *responsabilidad directa*, según la concepción de CARBONELL MATEU y MORALES PRATS¹³⁵. En este contexto, se adopta en el Derecho Penal español la referencia a la responsabilidad por defecto de organización, elemento normalmente asociado a la responsabilidad penal directa. No se debe perder de vista, entretanto, que en el Derecho español la responsabilidad de la empresa depende de la comisión del hecho por uno de sus representantes (una persona física), aunque no se exija la punición

¹³³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., págs. 59 y 60.

¹³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 44.

¹³⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos / MORALES PRATS, Fermín, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., págs. 55-86, esp. 63.

efectiva de éste (art. 31 *ter.1*, CP¹³⁶). Parece más adecuado, por ello, identificar en el sistema español un modelo de responsabilidad indirecta¹³⁷, aunque sea autónoma¹³⁸.

¹³⁶ Art. 31 *ter.1* CP: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”. De esta manera, se constata la exigencia de la práctica de un delito por parte de un representante persona física, aunque no sea posible individualizar o dirigir un procedimiento contra ella.

¹³⁷ En sentido contrario, PONCELA GARCÍA sostiene que “(l)a opinión más extendida es que el artículo 31 bis estableció una responsabilidad criminal directa por la propia acción y la propia culpabilidad de la persona jurídica. Esta responsabilidad es un *aliud* frente al injusto y la culpabilidad de la persona física, sin que sea un obstáculo para ellos el requerimiento de un hecho de conexión (‘los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho’ por la persona física, art. 31 bis.1)”, en PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso, “La responsabilidad de las personas jurídicas”, op. cit., págs. 99-140, esp. 107. No cabe duda de que hay polémica en torno a la hipótesis, como sugiere esta parte de la STS 514/2015: “(e)sta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de hetero responsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”. Vid. TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 514/2015, 2.XII.2015, Ponente: MARCHENA GÓMEZ, Miguel.

¹³⁸ Como señala POLAINO NAVARRETE, “(l)a autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica es patente, por cuanto tal responsabilidad se determinará necesariamente aunque la persona física ‘no haya sido individualizada’ (...) Con ello, no se instaura propiamente un sistema vicarial (sustitutivo), ni un sistema funcionalista (incremento de riesgo derivado de incumplimiento de un rol), sino un singular sistema bifronte de imputación que instaura la responsabilidad penal autónoma e independiente de la persona jurídica respecto de la responsabilidad de la persona física que comete delito en el ámbito de actuación de las actividades societarias”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 44.

Además, según POLAINO NAVARRETE, son dos los *títulos de imputación de responsabilidad a la persona jurídica*: “1) el primero de ellos previsto en el párrafo primero del art. 31 *bis*.1, es integrado por la comisión de delitos **en nombre o por cuenta** de la persona jurídica **y además** –en todo caso– **en su provecho**, por parte de los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho de la misma; 2) el segundo, consignado en el párrafo segundo del art. 31 *bis*.2, radica en la **ausencia del debido control** de los actos realizados por cuenta y en provecho de las personas jurídicas”¹³⁹.

El segundo criterio le asigna a la empresa una función de control de riesgos semejante a la que se vincula al órgano de administración. El fundamento de responsabilidad, en este caso, es semejante: el incumplimiento de un deber de control sobre la causa del resultado penalmente típico. Con respecto al interior de la empresa, la reforma de 2015 ha introducido una norma contemplando la responsabilidad del directivo por la implantación y ejecución de mecanismos de vigilancia y control (art. 31 *bis*.2, CP). El incumplimiento de dicho deber es causa no sólo de la responsabilidad de la persona jurídica, sino también de la persona física titular de la función administrativa¹⁴⁰.

¹³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 41.

¹⁴⁰ Tal y como expone PONCELA GARCÍA, se trata de un “(...) sistema de *responsabilidad criminal acumulativa*. Esto es, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno, no a la inversa”, en en PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso, “La responsabilidad de las personas jurídicas”, op. cit., págs. 99-140, esp. 109.

Por otro lado, cabe señalar que si el directivo cumple su deber de control, se establece la exención de responsabilidad de la propia persona jurídica, según los términos del art. 31 *bis.2* del CP¹⁴¹.

Como bien sintetiza POLAINO NAVARRETE, “(r)especto de la actuación de la propia **persona jurídica** [el sistema normativo del art. 31 *bis.2* CP]: *a)* erige en fundamento básico de exención de responsabilidad la implantación de **modelos de organización y gestión** que incorporan medidas de prevención criminal; *b)* exige la acción de confiar a un **órgano autónomo de supervisión** de la persona jurídica la supervisión de tales modelos; *c)* requiere la ejecución del **efectivo cumplimiento** de

¹⁴¹ “Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior [representantes legales o aquellos actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica], la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1ª. el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2ª. la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3ª. los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención y

4ª. no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.”.

las funciones de supervisión, vigilancia y control”¹⁴². Esos son los fundamentos de *responsabilidad penal de la propia persona jurídica*. Se trata de la aplicación, por lo menos parcial, de la lógica del *carrot and stick* del Derecho estadounidense¹⁴³: la persona jurídica es responsable si sus órganos no cumplen adecuadamente las funciones de vigilancia y control (el *stick*) y se exime de responsabilidad (*carrot*) cuando haya adoptado dichos controles¹⁴⁴.

Como ha expresado recientemente la Sala 2ª de lo Penal del TS, “(...) ante la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente, es conveniente señalar, intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar margen a eventuales confusiones interpretativas, que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia

¹⁴² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 55.

¹⁴³ DE MAGLIE, Cristina, “Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law”, in *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 4, issue 3, Jan. 2005, págs. 546-566, esp. 565.

¹⁴⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos / MORALES PRATS, Fermín, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., págs. 55-86, esp. 59.

del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”¹⁴⁵.

En este contexto, se contempla también un sistema de de responsabilidades del órgano directivo, por la implantación y la ejecución de modelos de vigilancia y control (art. 31 *bis.2*, 1ª condición), y de un órgano de la persona jurídica incumbido de la supervisión de la eficacia de los controles internos (art. 31 *bis.2*, 2ª y 4ª condiciones); este último órgano es normalmente designado como *compliance officer* u órgano de cumplimiento¹⁴⁶, y tiene una especial posición en el contexto del gobierno corporativo y de los programas de cumplimiento en el seno de la empresa¹⁴⁷. Además, se prevé la comisión de delitos por los representantes legales de la persona jurídica (art. 31 *bis.2*).

¹⁴⁵ TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 154/2016, 29.II.2016, Ponente: MAZA MARTÍN, José Manuel.

¹⁴⁶ Sobre la responsabilidad específica del *compliance officer*, vid. BERMEJO, Mateo G. / PALERMO, Omar, “La intervención delictiva del *compliance officer*”, en MONTIEL, Juan Pablo / KUHLEN, Lothar / URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 171-206. / PRITTWITZ, Cornelius, “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*”, en MONTIEL, Juan Pablo / KUHLEN, Lothar / URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 207-218.

¹⁴⁷ Para detalles sobre la posición jurídica del *compliance officer* en el contexto de la imputación objetiva a título de omisión impropia, vid. *infra* los Capítulos VIII, sobre la delegación de los deberes de garantía, y IX, sobre la intervención delictiva (autoría y participación).

Tal y como expone PONCELA GARCÍA, “(e)l artículo 31 bis hacía referencia a tres grupos de personas físicas con capacidad para determinar la responsabilidad penal de la entidad, cuales eran, los representantes legales, los administradores de hecho y de derecho y cualquier otra persona subordinada a éstos. Tras la reforma, se sustituyen estas expresiones por ‘sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma’ (art. 31 bis.1.a) y por los sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior (art. 31 bis.1.b)”¹⁴⁸.

Se trata, por tanto, del: (i) *representante legal*; (ii) *sujetos con facultades de organización y control dentro de la persona jurídica*; (iii) *sujetos sometidos a la autoridad de los órganos decisorios*. Tales sujetos corresponden a ámbitos de responsabilidad dentro de la empresa, todos insertos en un debido sistema de vigilancia y control, cuyas características se delimitan en el art. 31 *bis*.5 del CP¹⁴⁹.

¹⁴⁸ PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso, “La responsabilidad de las personas jurídicas”, op. cit., págs. 99-140, esp. 112.

¹⁴⁹ Art. 31 *bis*.5 CP: “Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1º. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos; 2º. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos; 3ª. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de delitos que deben ser prevenidos; 4ª. Impondrán la obligación de informar de

En este sentido, según POLAINO NAVARRETE, “(r)especto de la conducta de los singulares **autores individuales** [el sistema normativo del art. 31 *bis.2* CP] exige que la comisión de los delitos por los autores individuales sea efectivamente realizada mediante la **elusión fraudulenta** de los modelos de organización y prevención”¹⁵⁰.

Ello nos conduce al análisis de las características generales de la responsabilidad penal de los órganos y representantes de la persona jurídica.

III. La responsabilidad de los órganos y representantes de la empresa

A) La responsabilidad del representante

posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; 5°. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; 6°. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”.

¹⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 55.

Según define PONCELA GARCÍA, “*(r)epresentante legal* es toda persona que formalmente tenga poder para vincular jurídicamente a la entidad con sus decisiones, con independencia del título que le atribuya esa capacidad, que puede provenir por delegación o porque así disponga la legislación. De ahí que se haya suprimido en la reforma la mención a los administradores de derecho, pues son representantes legales (aunque no sólo éstos lo son)”¹⁵¹.

Se trata de una designación genérica que incluye los órganos decisorios de la persona jurídica. El sistema normativo objeto del art. 31 *bis* del CP impone que se considere no sólo la responsabilidad individual de los órganos y representantes de la persona jurídica, sino también el incumplimiento de sus respectivos deberes como fundamento de responsabilidad del propio ente, en los términos del art. 31 *ter*.1 del CP: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior (...)”.

Lo anterior conduce a la problemática de los *delitos especiales propios de la persona jurídica*. Se trata, conforme a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, del “(...) examen de la cuestión usualmente denominada como la ‘responsabilidad del representante’ de la empresa, la cual nos remite al problema (de carácter más general) de las

¹⁵¹ PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso, “La responsabilidad de las personas jurídicas”, op. cit., págs. 99-140, esp. 112.

actuaciones en lugar de otro, en la medida en que un sujeto obra como representante o sustituto de otro”¹⁵².

Además, según TERRADILLOS BASOCO, se incluye en el ámbito de la responsabilidad del representante los delitos especiales que “plantean, sobre todo cuando su problemática se superpone a la suscitada por la actuación de personas jurídicas, cuestiones más complejas que, por el contrario, no surgen cuando los elementos de la autoría concurren en el representante, ya que la atribución a éste de responsabilidad puede realizarse a partir del tipo concreto, prescindiendo de las disposiciones que dan respuesta a la actuación en lugar de otro”¹⁵³.

A continuación, por tanto, se examina la problemática del actuar en nombre de otro en Derecho Penal.

B) El actuar en nombre de otro en Derecho Penal:

la responsabilidad el empresario en el marco de los delitos especiales propios

¹⁵² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 517.

¹⁵³ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, op. cit., pág. 42.

El problema del *actuar en nombre de otro*, objeto de la norma del art. 31 del CP, se aplica sólo en el ámbito de los *delitos especiales propios*. Se trata de la imputación al representante de condiciones especiales establecidas en determinados tipos penales como propias de la persona jurídica representada. Como señala POLAINO NAVARRETE, “(e)l legislador reconoce **responsabilidad penal** al *extraneus* atribuyéndole **ficticiamente** las cualidades del *intraneus* a efectos de considerarle sujeto activo del delito”¹⁵⁴.

En los términos del art. 31 del CP (incluso tras la reforma de LO 1/2015), “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

En ese sentido, se establece: (i) la responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica, (ii) por actos que practique en nombre o representación de la misma, (iii) por delitos especiales propios, o sea, aquellos cuya configuración dependa de elementos especiales asociados a la persona jurídica representada. Debe decirse, en todo caso, que la norma en cuestión fija la

¹⁵⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., págs. 38 y 39.

responsabilidad por delitos propios de cualquier representante legal o voluntario de la persona jurídica, y no solamente de su administrador.

Según expone ENRIQUE BACIGALUPO, “(c)omo consecuencia de la regla establecida por el art. 31 del Código Penal, el representante (legal o voluntario), el administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica será responsable del delito especial propio que corresponda a su acción, aunque carezca de la cualificación personal exigida por el supuesto de hecho típico, se ésta se da en la entidad por él representada”¹⁵⁵.

Es importante observar que la norma del art. 31 del CP sólo se justifica para los delitos especiales *propios*, ya que para los delitos comunes el representante es responsable según las normas generales. En efecto, si se trata de un delito común, el representante en principio debe responder por los actos que practica en nombre de la persona jurídica representada, sin que sea necesario que una norma especial lo prevea. Por lo tanto, la norma del art. 31, en particular, sirve como fundamento de responsabilidad del administrador (u otro representante) incluso en el dominio de los delitos propios imputables a la persona jurídica, aunque no tenga la cualificación especial exigida por el tipo penal. En este sentido, tal y como expone BERND SCHÜNEMANN, al comentar la norma correspondiente en el Derecho Penal alemán, “(r)especto a la necesaria cimentación dogmática de la figura del administrador de

¹⁵⁵ BACIGALUPO, Enrique, “El Actuar en Nombre de Otro”, en BACIGALUPO, Enrique, *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 131-144, esp. 132.

hecho, que aquí únicamente puede esbozarse, primero debe establecerse una diferencia triple: en los delitos comunes, que no exigen requisitos especiales para la calificación como autor y para los que rigen las reglas generales del § 25 del Código Penal alemán, o del artículo 28 del Código Penal español, esta figura jurídica no es en absoluto necesaria porque la imputación se efectúa de todos modos según las reglas generales del dominio del hecho. Por tanto, la figura jurídica únicamente desempeña un papel en los delitos especiales, en los que hay que volver a distinguir entre: a) delitos especiales en los que la descripción del autor es aplicable en sí a la empresa o a la persona jurídica como titular de esta y la posición de autor del órgano sólo puede fundamentarse recurriendo al párrafo primero del § 14 del Código Penal alemán, y b) aquellos grupos especiales, en los cuales el órgano, por ejemplo, el administrador de una sociedad de responsabilidad limitada, ya es el destinatario primario de la norma, como por ejemplo en el delito de omisión de la solicitud del procedimiento de insolvencia según el § 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada alemana, ya que el párrafo tercero del § 14 del Código Penal alemán, que dispone la responsabilidad del representante incluso en caso de ineficacia del acto jurídico destinado a apoderar para la representación, únicamente puede aplicarse directamente al primer grupo, mientras que en el segundo sólo es posible una interpretación del elemento de autor aludido según las máximas de la perspectiva fáctica”¹⁵⁶.

¹⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, trad. de Beatriz Spínola Tártalo y Mariana

La segunda observación de SCHÜNEMANN igualmente se justifica una vez que, si el administrador ya es el destinatario primario de la norma incriminadora concreta, no se hace necesario que una norma especial (en el Derecho Penal español, la norma del art. 31) establezca una extensión de responsabilidad. Según la referencia de TERRADILLOS BASOCO, se trata de los casos de delitos especiales en que la responsabilidad “puede realizarse a partir del tipo concreto, prescindiendo de las disposiciones que dan respuesta a la actuación en lugar de otro”¹⁵⁷. A título de ejemplo de este caso especial, puede referirse el delito del art. 303 del CP (blanqueo de capitales), en que el tipo concreto contempla, entre otras, la condición especial de “empresario”.

La hipótesis principal examinada en este apartado –el actuar del representante en nombre de la persona jurídica– conforma más un ejemplo de la preocupación político-criminal de responsabilizar a los representantes, especialmente los administradores, de las personas jurídicas, más allá de la responsabilidad de los propios entes colectivos, objeto del artículo 31 *bis* del CP. Se identifica ahí una convicción de insuficiencia de la simple responsabilización de las

Sacher, en *DialNet*, 2002, págs. 9-38, esp. 36, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429556>. En el mismo sentido, BACIGALUPO, Enrique, “El Actuar en Nombre de Otro”, op. cit., págs. 131-144, esp. 139, “(...) es necesario que entre en consideración la aplicación de una disposición legal que contenga un tipo de *delito especial propio*; el art. 31 no tiene aplicación en los delitos especiales impropios, ya que en éstos, a diferencia de los primeros, el non-cualificado puede ser autor”.

¹⁵⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, op. cit., pág. 42.

personas jurídicas para el cumplimiento de las finalidades preventivas asociadas a la ley penal, lo cual llega al punto de extender la responsabilidad a los representantes, incluso en la esfera de delitos especiales propios, que en principio, si no existiera la norma en cuestión, sólo serían imputables a los entes colectivos.

Según expone ENRIQUE BACIGALUPO, “(...) el art. 31 del Código Penal extiende la responsabilidad proveniente de la comisión de un delito especial a los sujetos no-cualificados, siempre que hayan obrado *en representación* de una persona jurídica que poseyera dicha cualificación. La representación, por tanto, convierte al representante en *destinatario* de las normas especiales que incumben a la persona jurídica representante (...) De todas formas es preciso aclarar que el art. 31 no se refiere a una cuestión de la teoría de la participación, sino que regular las condiciones en las que un autor individual, sin cualificación exigida por el tipo, puede ser responsabilizado por el delito correspondiente”¹⁵⁸.

Además, como bien ha identificado POLAINO NAVARRETE, en relación al régimen del art. 31 del CP “(...) se pretende impedir que el otorgamiento de un poder de representación en la esfera privada constituya una **patente de corso** para que el titular de la misma pueda actuar antijurídicamente a discreción amparándose en la representación que ostenta”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ BACIGALUPO, Enrique, “El Actuar en Nombre de Otro”, op. cit., págs. 131-144, esp. 132.

¹⁵⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 39.

IV. La particular relevancia de la responsabilidad penal del órgano directivo

A) Dimensiones criminológica y político-criminal

La responsabilidad del órgano directivo de la sociedad empresarial constituye un problema criminológico y político-criminal específico, asociado a la necesidad de prevención de conductas de omisión deliberada en los centros decisorios de la empresa y, con ello, de garantizar la represión penal contra los verdaderos factores criminógenos. En efecto, no sería suficiente, desde el punto de vista de la misión del Derecho Penal, responsabilizar sólo a los ejecutores materiales, o a la empresa en su conjunto, sin consideración del “hombre de atrás”. Como afirmado por el Tribunal Supremo en la STS 1828/2002, de 25 de octubre, “(l)a organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima (especialmente si se trata de quienes detentan el control efectivo de la empresa o, como en este caso, la jefatura en el proceso de producción). Se trata de que en este ámbito de relaciones jerarquizadas la conducta relevante será la de aquél que ‘es responsable del ámbito de organización por ser el

legitimado para configurarlo con exclusión de terceras personas”¹⁶⁰. En palabras de SCHÜNEMANN, se trata ahí de una “(...) tendencia a trasladar la responsabilidad jurídico-penal lo máximo posible ‘hacia arriba’, es decir, de responsabilizar penalmente en primera línea a los órganos directivos y sólo en segunda línea a los órganos que ejecutan”¹⁶¹.

En el mismo sentido, como subraya MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(d)e un lado, las mencionadas estructuras de imputación [estructuras de imputación personal] habrán de ser perfectamente aptas para atribuir el hecho delictivo a los verdaderos responsables (en sentido criminológico), que están situados en un nivel jerárquicamente superior al que ocupan los ejecutores materiales; sólo de esta manera se podrán satisfacer plenamente las necesidades preventivas”¹⁶².

Según SCHÜNEMANN, tres son las razones por las cuales la punición solamente de los sujetos situados en los escalones inferiores de la estructura empresarial no se hace suficiente: (i) el órgano ejecutor no se da cuenta suficientemente de las consecuencias de su acción, “a causa de la división del trabajo y de la canalización de información en la empresa”; (ii) el ejecutor material tiene una “pequeña fuerza de resistencia frente a una *actitud criminal de grupo*, es

¹⁶⁰ TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 1828/2002, 25.X.2002. Ponente: SÁNCHEZ MELGAR, Julián.

¹⁶¹ SCHÜNEMANN, Bernd, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, op. cit., págs. 9-38, esp. 10 y 11.

¹⁶² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 492.

decir, frente a usuales prácticas irregulares de la empresa”, por su vinculación al establecimiento y por su disposición de obediencia en un sistema jerárquico; (iii) los miembros situados en los escalones de la organización son eminentemente fungibles en alto grado¹⁶³.

Así pues, el fundamento político-criminal que justifica todos los esfuerzos dogmáticos de encontrar criterios seguros de imputación radica precisamente en la persecución de un foco criminógeno de particular interés, cuya impunidad significaría la eliminación del efecto preventivo de la norma incriminadora o, como dice MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, el “(...) indeseable menoscabo del efecto preventivo de las normas penales”¹⁶⁴, añadiendo el mismo autor que, “(...) ante la comprobada ausencia de eficacia preventiva que, por sí solo, posee el castigo de los ejecutores materiales de los hechos delictivos, al tratarse de personas que ocupan una posición subordinada en la organización de la empresa, la doctrina especializada ha puesto un particular énfasis en la relevancia que ostenta sancionar a los sujetos que en la

¹⁶³ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, trad. de Daniela Brückner y Juan Antonio Lascuraín Sánchez, en SAGGESE, Silvina Bacigalupo / SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo / BASALDÚA, Juan Ignacio Echano (Coord.), *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 529-558, esp. 533.

¹⁶⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 492.

jerarquía empresarial se hallan ubicados por encima de aquellas personas y, señaladamente, a los sujetos que componen la cúpula de la organización”¹⁶⁵.

En este contexto se inserta la problemática de la *deliberate ignorance* o *willful blindness* del Derecho estadounidense. Se trata de: (i) la consciencia subjetiva, por parte del administrador, de la alta probabilidad de existencia de conductas ilegales (incluso delictuosas) en la empresa; (ii) la intencional disposición de evitar el conocimiento sobre las prácticas ilícitas en el seno de la empresa. Esos han sido los criterios afirmados por la Corte de Apelación del Quinto Circuito (*Court of Appeals for the Fifth Circuit*) de los Estados Unidos, en el caso *United States v. Ngunyen*, 493 F.3d 613 (5th Cir. 2007), con base en precedente establecido en el caso *United States v. Bieganowski*, 313 F.3d 264, 289-91 (5th Cir.2002)¹⁶⁶.

¹⁶⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 494: “...una política criminal adecuada en este terreno no puede desconocer este habitual fenómeno de la descentralización y delegación de funciones y, en concreto, la importancia de estos cargos intermedios, que son los que disponen de la información relevante para la posible vulneración de bienes jurídico-penales y que, por ende, serán en principio los principales responsables de los hechos delictivos. La (co-)responsabilidad de los directivos que se hallan en el vértice de la organización empresarial podrá basarse únicamente en la constatación de competencias retenidas, derivadas de su función general de supervisión y control”.

¹⁶⁶ En el original: “While a ‘deliberate ignorance’ instruction should rarely be given, Threadgill, 172 F.3d at 368, a deliberate ignorance instruction is justified where ‘the evidence shows (1) subjective awareness of a high probability of the existence of illegal conduct and (2) purposeful contrivance to avoid learning of the illegal conduct.’ Id. (citation omitted); see *United States v. Bieganowski*, 313 F.3d 264, 289-91 (5th Cir.2002)”.

Esa realidad, con todo, representa sólo el fundamento político-criminal, justificando un sistema de imputación de hechos delictivos al órgano directivo, con el objetivo de desestabilizar y desestimular potenciales actitudes de “deliberado desconocimiento” en los escalones más altos de la sociedad empresarial (como forma de eludir su responsabilidad).

Desde el punto de vista jurídico-penal y en particular de la *imputación objetiva*, entretanto, la responsabilidad del órgano de administración existe con independencia de dicha actitud de “deliberada ignorancia”, la cual es un elemento que sirve, de todo modo, para identificar el dolo, ya que constituye un estado subjetivo.

Para la estructura de imputación objetiva a título de omisión, es suficiente la ausencia de control sobre fuentes de riesgos integrantes del ámbito de organización y del dominio del directivo. La *willful blindness*, por lo tanto, es uno de los fundamentos de la existencia de modelos de imputación objetiva que consideran la realidad empresarial pero no necesariamente es un elemento de la propia responsabilidad normativa en concreto.

B) Principales problemas jurídico-penales

En la problemática de la responsabilidad del órgano directivo de la persona jurídica, se destacan los siguientes problemas jurídico-penales: (i) la imputación

objetiva del resultado delictivo al administrador, a título de acción o a título de omisión; (ii) la delimitación normativa, legal, estatutaria, contractual y fáctica de la responsabilidad penal del administrador en el seno de la persona jurídica; (iii) la responsabilidad penal por organización del administrador de la persona jurídica; (iv) la responsabilidad por la implantación y por la ejecución de mecanismos de control de la actividad de la persona jurídica; (v) la responsabilidad del administrador por la supervisión de los actos de sus subordinados; (vi) la omisión penalmente relevante del administrador; (vii) los deberes de garantía del administrador de la persona jurídica.

En cuanto a los cuatro últimos problemas (iv, v, vi y vii), es importante recordar –desde luego– las palabras de POLAINO NAVARRETE, ya que se trata de elementos sustancialmente disciplinados por la reforma de la LO 1/2015, “¿Quiénes son destinatarios idóneos de dicha facultad de ‘**debido control**’ de la actividad de la persona jurídica? En principio han de entenderse como tales los respectivos superiores jerárquicos de los actuantes: los titulares de la representación o administración de la sociedad. Ellos incurren en *culpa in vigilando*. Tal exigencia no abarca a quienes sean **ajenos** a dichas funciones. Sólo afecta a quienes asumen la **posición de garante** del cumplimiento de las mismas”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 43.

Todos los aspectos descritos serán objeto de análisis detallado en los capítulos IV hacia IX, *supra*, de esta investigación doctoral.

C) Derecho Penal internacional. El ejemplo del Reino Unido

En los términos del artículo 28 del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, bajo la rubrica *responsabilidad de los jefes y otros superiores*, señala, “(e)l jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: *a)* Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y *b)* No hubiere adoptado todas las medidas necesarias para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a efectos de su investigación y enjuiciamiento”¹⁶⁸.

Se identifican en la norma internacional los siguientes elementos esenciales, en aras a caracterizar la responsabilidad penal por omisión del jefe militar, de hecho y de derecho, por hechos delictivos internacionales cometidos por fuerzas bajo su

¹⁶⁸ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, Roma, 17 de julio de 1998.

mando, autoridad o control: (i) conocimiento actual o potencial de la práctica o de la intención de practicar los delitos; (ii) no adopción de mecanismos de prevención o de represión de las prácticas delictivas¹⁶⁹. Con referencia al mismo dispositivo, POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS indican *tres requisitos*: “(...) primero, el conocimiento de la situación o el deliberado desconocimiento de la misma; segundo, que los crímenes guarden relación con el ámbito de su competencia personal como garante; y tercero, que –debiendo haberlo hecho– el superior hubiera omitido adoptar las ‘medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir’ la comisión de los crímenes o para alarmar a las autoridades a efectos de la investigación y enjuiciamiento de tales crímenes”¹⁷⁰.

Antes que todo, con respecto a la posición de mando, autoridad o control, es importante advertir que no se trata sólo de una situación de derecho, sino también de un dominio efectivo, fáctico. Como expresa FARALDO CABANA, “(e)n lo que respecta al ‘*actus reus*’, ha de existir una posición de preeminencia del superior

¹⁶⁹ Como lo refiere SCHÜNEMANN, “(c)onforme al artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se responsabiliza al superior por todos los delitos cometidos por sus subordinados en su ámbito de mando, acerca de los cuales al menos habría debido tener conocimiento y contra cuya comisión no ha adoptado medida alguna”, en SCHÜNEMANN, Bernd, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, op. cit., págs. 9-38, esp. 11.

¹⁷⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Teoría General del Crimen Internacional: una exposición programática de su previsión en el Estatuto de Roma”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Derecho Penal Internacional*, Ed. Digital tres, Sevilla, 2013, págs. 115-138, esp. 132 y 133.

sobre sus subordinados (“*command*”), que es lo que fundamenta la posición de garante. Este poder de mando, en el caso de los superiores militares, esta autoridad y control, en el caso de los superiores no militares, no debe identificarse sin más con el rango o status *de iure* de una persona, pues debe incluir la capacidad real de modelar el comportamiento y de influir de forma determinante en la conducta de los subordinados”¹⁷¹.

A su vez, en la cuestión del conocimiento *potencial* de las prácticas delictivas (i), según la fórmula “en razón de las circunstancias, hubiere debido saber”, puede incluirse el fenómeno de la “ignorancia deliberada”, pero el elemento esencial ahí, a nuestro juicio, es la responsabilidad por organización, que le impone al jefe deberes de supervisión. De todas maneras, el dispositivo no trata sólo de la imputación objetiva, sino especialmente, en su primera parte, de la imputación subjetiva, a título de dolo, directo o eventual.

Por otro lado, en el segundo elemento indicado (ii), se trata del sistema de mecanismos de vigilancia y control de fuentes de riesgos (dimensión preventiva), así como de la cooperación posterior con las autoridades incumbidas de la persecución penal (dimensión represiva). El primer aspecto es semejante al modelo adoptado por el Derecho Penal español tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo. A su vez,

¹⁷¹ FARALDO CABANA, Patricia, “La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal español”, en ANITUA, G. I., y otros (Coord.), *Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2012, págs. 67-94, esp. 72.

el segundo aspecto, refleja con plenitud la lógica del *carrot and stick*, propia de los sistemas anglosajones, en particular el modelo estadounidense.

En el Derecho Penal comparado, más allá de los sistemas referidos con respecto a la persona jurídica¹⁷² (que traducen modelos asociados a la criminalidad corporativa en general), cumple examinar con más detalles el Derecho Penal del Reino Unido, en lo que específicamente concierne a la responsabilidad del administrador de la empresa.

En el *Fraud Act*, de 2006, se contempla el *fraude por la no revelación de informaciones (fraud by failing to disclose information)*. Según los términos de la ley, la persona comete este tipo de fraude cuando: (a) deja deshonestamente de revelar a otra persona informaciones que está legalmente obligado a revelar y (b) tiene la intención, mediante la ocultación de informaciones, de (i) asegurar provecho para sí propio, o (ii) causar perjuicio efectivo o potencial a alguien¹⁷³. Se prevén también el *fraude por falsa representación (fraud by false representation)*¹⁷⁴ y el

¹⁷² Vid. *supra* Cap. II, núm. II, apartado B).

¹⁷³ 3 – *Fraud by failing to disclose information*: “A person is in breach of this section if he: (a) dishonestly fails to disclose to another person information which he is under a legal duty to disclose, and (b) intends, by failing to disclose the information: (i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss”, in UK Fraud Act, 2006, 8th November 2006, Chapter 35, 3, Fraud by failing to disclose information.

¹⁷⁴ 2 – *Fraud by false representation*: “A person is in breach of this section if he: (a) dishonestly makes a false representation, and (b) intends, by making the representation: (i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss”, in UK Fraud Act, 2006, 8th November 2006, Chapter 35.

*fraude por abuso de posición (fraud by abuse of position*¹⁷⁵). En el último caso, se establece una posición de garante en virtud de la *posición ocupada por la persona*, que está obligada a salvaguardar -o no actuar contra- los intereses financieros de alguien (apartado 1, *a*), configurándose la responsabilidad también a título de omisión (apartado 2¹⁷⁶).

Una disciplina normativa más amplia de la problemática en foco, entretanto, sólo sucedería con la edición del *Bribery Act*, de 2010. En esta ley se contempla el *incumplimiento de los deberes – asignados a las sociedades comerciales – de prevención de la corrupción*: “(1) una organización comercial relevante (‘C’) es culpable a efectos de esta sección si una persona (‘A’) asociada a C soborna (corrompe) a otra con la intención: (a) de obtener o de mantener negocios para C, o (b) de obtener o de mantener una ventaja empresarial para C”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ 4 – *Fraud by abuse of position*: “(1) A person is in breach of this section if he: (a) occupies a position in which he is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person, (b) dishonestly abuses that position, and (c) intends, by means of the abuse of that position – (i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss”, in UK Fraud Act, 2006, 8th November 2006, Chapter 35, 3, Fraud by failing to disclose information.

¹⁷⁶ 4 – *Fraud by abuse of position*: “(2) A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act”, in UK Fraud Act, 2006, 8th November 2006, Chapter 35, 3, Fraud by failing to disclose information.

¹⁷⁷ *Failure of commercial organisations to prevent bribery*: “(1) A relevant commercial organisation (‘C’) is guilty of an offence under this section if a person (‘A’) associated with C bribes another person intending— (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C”.

Con todo, se dispone, según la lógica de los mecanismos de vigilancia y de control, que la implementación de procedimientos destinados a evitar la práctica de los crímenes por la “persona asociada” (*associated person*) exime a la empresa de responsabilidad penal (apartado 2)¹⁷⁸. Se entiende por “persona asociada” a la empresa quien presta servicios para o en nombre de la sociedad, tratándose, por tanto, del *representante*¹⁷⁹, que puede ser un empleado, un agente o un subsidiario¹⁸⁰.

Por otro lado, la ley (*The Bribery Act*, núm. 9) fija una guía acerca de los procedimientos que se deben adoptar, por las empresas, con el objetivo de prevenir la corrupción. Dichos procedimientos deben ser publicados¹⁸¹ y periódicamente revisados¹⁸² por el Secretario de Estado.

¹⁷⁸ *Failure of commercial organisations to prevent bribery*: “(2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct”.

¹⁷⁹ *8 – Meaning of associated person*: “(1) For the purposes of section 7, a person (‘A’) is associated with C if (disregarding any bribe under consideration) A is a person who performs services for or on behalf of C”.

¹⁸⁰ *8 – Meaning of associated person*: “(3) Accordingly A may (for example) be C’s employee, agent or subsidiary”.

¹⁸¹ *9 – Guidance about commercial organisations preventing bribery*: “(1) The Secretary of State must publish guidance about procedures that relevant commercial organisations can put in place to prevent persons associated with them from bribing as mentioned in section 7(1)”.

¹⁸² *9 – Guidance about commercial organisations preventing bribery*: “(2) The Secretary of State may, from time to time, publish revisions to guidance under this section or revised guidance”.

Se identifica, por tanto, una aproximación del Derecho Penal español actual, en lo esencial, al Derecho del Reino Unido, como en general a los sistemas anglo-americanos.

CAPÍTULO III

ESTRUCTURA ONTOLÓGICA Y SIGNIFICADO NORMATIVO DE LA OMISIÓN

I. La conducta típica: acción y omisión

La conducta penalmente típica puede consistir en una *acción (tipo comisivo)* o en una *omisión (tipo omisivo)*. La *acción*, en sentido estricto, se entiende modernamente como la *exteriorización de voluntad mediante un movimiento corporal, sensorialmente perceptible*¹⁸³. El término es frecuentemente empleado, en sentido amplio, como sinónimo de *conducta o comportamiento*¹⁸⁴, pero este género

¹⁸³ Transcendería a los objetivos de esta tesis doctoral exponer las múltiples teorías la dogmática penal ha concebido a lo largo del tiempo, con respecto al concepto de *acción*: concepto causal clásico (VON LISTZ y BELING); concepto causal neoclásico (MEZGER); concepto finalista (WELZEL); concepto social (WELZEL); concepto negativo (HERZBERG y BEHRENDT); concepto personal (ROXIN); concepto relacional (GIMBERNAT); concepto funcionalista (JAKOBS); concepto adscriptivo (HRUSCHKA); concepto intencional (SCHMIDHÄUSER, KINDHÄUSER y ALLWART). Para una exposición amplia y precisa de cada una de esas teorías, vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., págs. 68-74.

¹⁸⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 69. A título de ejemplo, JESCHECK emplea el término en su sentido amplio, al señalar que “(e)l Derecho Penal conoce tres formas fundamentales de acciones punibles: el delito doloso de comisión, el delito imprudente comisión y delito doloso o imprudente de omisión. Mientras que el concepto de la acción abarca todas las formas de comportamiento penalmente relevantes, los tres

expresa también la omisión, hablándose en *conducta activa* (acción en sentido estricto) y en *conducta omisiva* (omisión).

El concepto de acción puede adoptarse también con respecto a las personas jurídicas, ya que el fundamento de responsabilidad penal de los entes colectivos es una conducta practicada por sus órganos o representantes, aunque no se exija la individualización ni la punición de la persona física que haya ejecutado la acción (art. 31 *ter.1* del CP). Como lo expresa CUELLO CONTRERAS, “(l)a acción de la persona física (...) cumple *una nueva función en la teoría del delito*, la de hacer posible la responsabilidad de la persona jurídica”¹⁸⁵.

La mayoría de los tipos penales de injusto son tipos comisivos, en que se describe, por tanto, una conducta activa, es decir, un movimiento corporal exterior, tratándose de normas prohibitivas de la acción descrita en el tipo¹⁸⁶. Hay, con todo,

grupos mencionados se distinguen considerablemente en el tipo de injusto y en la estructura de los elementos de la culpabilidad”, en JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, vol. II, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1978, pág. 343. Así, también, BAUMANN, quien señala que “(...) el concepto [de acción] debe ser lo suficientemente amplio *para abarcar todas* las formas de conducta humana que *realizan el tipo*”, en BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., pág. 94.

¹⁸⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2013, núm. 15-03, págs. 1-25, esp. 14.

¹⁸⁶ Según BAUMANN, “(l)as normas de nuestro derecho penal contienen en su mayoría *prohibiciones* (prohibición de matar, injuriar, lesionar, etc.) y solamente en pocos casos *preceptos* (...) Los tipos que contienen prohibiciones se realizan mediante la *comisión* de la acción descrita

tipos penales en que la conducta descrita es un *no hacer* –son los tipos omisivos puros o propios¹⁸⁷. En palabras de POLAINO NAVARRETE, “(l)os delitos de omisión pura o propia consisten en un *no hacer*, pero no cualquier no hacer, sino precisamente de no efectuar la conducta normativamente debida”¹⁸⁸.

Por otro lado, existe una cláusula general de deberes de garantía (art. 11 del CP) por la cual puede equiparse la omisión del titular de dichos deberes a la acción descrita en un tipo penal comisivo, a efectos de imputarle al garante el resultado¹⁸⁹ del tipo de injusto como si él lo hubiera causado (causalidad hipotética) – son las hipótesis de omisión impropia o comisión por omisión.

Como se examinará en el apartado III, *infra*, la acción suscita problemas de *causalidad*, ya que el movimiento corporal es capaz de producir un resultado, o sea, una modificación en el mundo exterior. El fundamento de imputación objetiva de dicho resultado al agente, por tanto, es la causalidad, vale decir, se sanciona al

(y prohibida); los tipos que contienen preceptos se realizan mediante la *omisión* de la acción descrita (y debida)”, en BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., pág. 136.

¹⁸⁷ Como expone CUELLO CONTRERAS, en los casos de omisión propia, “(...) lo que se imputa es una *omisión*, no un resultado...”, en CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 183.

¹⁸⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 80.

¹⁸⁹ Así, “(...) la equivalencia entre acción y omisión se circunscribe a los *delitos de resultado*, es decir, los más frecuentes en Derecho penal”, en CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 183.

agente –ante todo– por haber causado, con su conducta activa, un resultado penalmente típico (o por haberlo intentado). Sin embargo, hay supuestos en que la acción en sí misma basta para configurar el delito (delitos de mera actividad), con independencia de cualquier resultado posible¹⁹⁰. Por otro lado, modernamente, según la teoría de la imputación objetiva, no sólo el criterio causal física es suficiente, sino que la conducta –ya desde el punto de vista objetivo– debe ser valorada de acuerdo a los márgenes del riesgo normativamente permitido.

A su vez, la *omisión*, consistiendo en un *no hacer*, no puede causar cualquier modificación en el mundo exterior sensorialmente perceptible. El fundamento de imputación, por lo tanto, es el incumplimiento de una acción esperada del sujeto¹⁹¹ o, en otras palabras, de un deber general (omisión propia) o especial (omisión impropia) de evitar el resultado penalmente típico.

A continuación, se detalla la problemática de la omisión, en sus diversas formas.

II. La omisión penalmente relevante: problemas de causalidad

¹⁹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 91.

¹⁹¹ Conforme a NOVOA MONREAL, “(...) dentro de la teoría jurídica tradicional se ha dado cabida siempre a ciertas normas que obligan a sus destinatarios a hacer algo”, en NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los Delitos de Omisión*, Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. 36.

A) Causalidad natural y causalidad normativa

La *omisión*, sea propia o impropia, se distingue de la *acción* porque no suscita, al contrario de ésta, cuestiones de causalidad física, sino que sus efectos penales emergen de bases *exclusivamente normativas*, en torno a la idea de *infracción de un deber*. Como señala POLAINO NAVARRETE, “(l)a omisión (y también la acción) penalmente relevante consiste siempre en la infracción de un deber. La única diferencia normativa existente entre acción y omisión (y, dentro de ésta, entre omisión pura y comisión por omisión) no consiste en que una supone un movimiento corporal y la otra la ausencia de ese movimiento, sino precisamente en el deber jurídico que en cada caso se infringe”¹⁹².

En este contexto exclusivamente normativo, no hay una causalidad física posible entre la omisión y el resultado. El fundamento de responsabilidad radica en que el resultado se ha producido porque el sujeto no ha cumplido su deber, general o especial, de impedir la realización del resultado. Tal y como lo expresa CUELLO CONTRERAS, “(e)n la omisión (...) lo que (...) se imputa es *no haber puesto la condición que habría evitado el resultado*, por lo que el omitente nunca causa sino

¹⁹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 80.

que omite la condición que habrá determinado que el resultado causado no fuese el que se produjo sino otro (...)”¹⁹³.

En efecto, al tratarse de un *no hacer*, *ontológicamente* la omisión *no* puede constituir *causa natural* de algo¹⁹⁴, y el problema en verdad reside en la infracción de *normas preceptivas*, es decir, impositivas de un *deber de actuar*: (a) ya sea para evitar un resultado de lesión o de peligro previsto en un tipo de injusto comisivo (*comisión por omisión* u *omisión impropia*); (b) o simplemente por estar la acción prescrita en una norma específica, vinculada a una razón social generadora de la incriminación de tipos especiales de omisión (*omisión propia*). Si una persona herida llega a morir en un escenario de indiferencia por parte de su padre, por ejemplo, la *causa natural* del resultado fueron las heridas padecidas por el hijo y no la conducta inerte de su padre. Este es un caso de *omisión impropia*, ámbito en que la causalidad asume relevancia desde el punto de vista del *resultado previsto en el tipo comisivo* y vinculado a la *acción esperada* que hubiera sido capaz de evitarlo.

¹⁹³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 182.

¹⁹⁴ En contra, BAUMANN mantiene que sí hay causalidad en la omisión. Según el jurista alemán, “(n)egar una causalidad de la conducta omisiva tendría como consecuencia la admisión de delitos de resultado en que no existiría ninguna causalidad entre la conducta del autor y el resultado. En el § 212, por ejemplo, sólo se castiga la causación del resultado mortal. ¿Se pretende realmente afirmar que la madre que no alimenta a su hijo no ha causado su muerte? A mi juicio, el sofisma de la no existencia de la causalidad de la conducta omisiva se funda sobre todo en la circunstancia de que en la omisión le falta evidencia. En la acción positiva se puede siempre observar algo, y en la omisión no se ve, casi siempre, nada”, en BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., pág. 142.

Por otra parte, acerca de la *omisión propia*, en que *no* existe un resultado típico, no cabe hablar, por lo menos en lo atinente al perfeccionamiento del tipo penal, de un nexo de causalidad con relación a la conducta comisiva esperada. Lo que sucede en este tipo de delitos es meramente la *prescripción de un deber de actuar* fundamentado en la *solidaridad*¹⁹⁵ (como, por ejemplo, en la omisión del deber de socorro) o en otro motivo, sin vinculación con cualquier resultado (el cual, de todos modos, puede constituir eventualmente causa de agravación).

B) Deberes negativos, deberes positivos, solidaridad y deberes de garantía

Antes que todo, conviene aclarar que de lo que se trata en el marco de los *delitos comisivos* es puramente de *deberes negativos*, en el sentido de *no hacerse* algo que pueda perjudicar a alguien. Dichos deberes se imponen expresamente en normas *prohibitivas* de determinadas conductas. La omisión, por el contrario, se

¹⁹⁵ Se trata del *deber de solidaridad mínima*, como lo designa POLAINO NAVARRETE, señalando que “(l)a omisión pura sanciona la no ejecución de la conducta concreta socialmente esperada y jurídicamente exigida por la norma al sujeto ante una determinada situación en la que cabe esperar que realice una conducta de mínima solidaridad que el sujeto omite cumplir”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 80.

refiere a *deberes positivos*, ya sea de proporcionarle ayuda a una persona o de asumir con ella una relación positiva de protección¹⁹⁶.

En este sentido, la omisión *propia* conlleva la mera prescripción normativa expresa (norma *preceptiva*) de un *deber positivo* (tipo de injusto omisivo), bajo una razón social asociada a ese comando (deber de solidaridad), mientras que la omisión *impropia* supone la cuestión fundamental de cuándo un *deber positivo* puede equipararse a un *deber negativo*, este sí expreso en una norma *prohibitiva* (tipo de injusto comisivo).

El primer problema que se plantea en el ámbito de la *omisión impropia* es el de la *relevancia normativa del comportamiento activo* del sujeto *que pudiera haber evitado la producción del resultado*, es decir, la causalidad considerada no se vincularía, por tanto, a la omisión en sí misma, sino a la conducta activa que, en virtud de determinados presupuestos y requisitos normativos, se exigía del sujeto en la situación concreta. Aquí despunta la *problemática de los deberes de garante*, esto es, deberes positivos *especiales* constantes de normas preceptivas y equiparables a deberes negativos constantes de normas prohibitivas. Se trata de la *posición de garantía*, como elemento que distingue la omisión impropia¹⁹⁷ y que es capaz de

¹⁹⁶ JAKOBS, Günther, “La omisión: estado de la cuestión”, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en ROXIN, Claus / JAKOBS, Günther / SCHÜNEMANN, Bernd / FRISCH, Wolfgang / KÖHLER, Michael, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universität Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 131 a 153, esp. 131.

¹⁹⁷ Como expone Giovanni GRASSO, “(l)a configurazione di tali fattispecie [omissive proprie] – nonostante talune somiglianze – si differenzia nettamente da quella dei reati omissivi

responsabilizar al garante como si él hubiera practicado activamente el tipo de injusto comisivo.

Ello no quiere decir que el garante responda penalmente por el tipo comisivo, como si la omisión de su deber especial fuera un elemento de este tipo penal. Diversamente, la posición de garantía conforma un tipo de delito de omisión impropia, constituido a partir de la integración, mediante una cláusula de correspondencia o de equivalencia normativa, entre el resultado del tipo comisivo y la omisión del titular de un deber especial. Como lo expresa ARMIN KAUFMANN, “(l)a posición de garante no es un elemento implícito del tipo del delito comisivo [sino un requisito del tipo del delito de omisión (impropia)]. Pero entonces la omisión impropia no realiza el tipo del delito comisivo, sino otro tipo distinto, precisamente el del delito de omisión impropia”¹⁹⁸.

Se habla, en esta dirección, de una *causalidad hipotética* de la omisión, en el sentido de que la correspondiente conducta activa del sujeto hubiera sido capaz de *causar* la evitación del resultado penalmente típico. Como señala GÜNTHER JAKOBS,

impropri, perché questi ultimi sono caratterizzati dalla presenza, come necessario elemento strutturale, della c.d. ‘posizione di garanzia’, espressione con la quale si indica una situazione di fatto alla quale l’ordinamento giuridico ricollega il nascere per un certo soggetto (che appunto viene designato come ‘garante’) di un obbligo di impedimento di un evento penalmente rilevante”, en GRASSO, Giovanni, *Il Reato Omissivo Improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983, pág. 10.

¹⁹⁸ KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los Delitos de Omisión*, trad. de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 263.

“(l)a capacidad abstracta se refiere a una acción que evite el resultado. Si la acción se hubiera ejecutado, no se habría producido el resultado. La *omisión*, como no ejecución de una acción, *no es causal del resultado acaecido* (es condición sólo negativa), sino que el autor habría llegado a ser causal, en la hipótesis de haber ejecutado la acción, de la ausencia de resultado (la llamada causalidad hipotética de la omisión)”. Y aún conforme a una feliz expresión del jurista alemán, en los delitos de omisión, “el autor responde por haberse negado a realizar la causalidad salvadora”¹⁹⁹.

Cuando la ley penal castiga, por ejemplo, al padre que omita el deber legal de protección de su hijo, lo hace no porque dicha omisión sea causa de un resultado

¹⁹⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 959 y 960, “(l)a omisión, como negación de un empleo de energía, no constituye una magnitud negativa, sino que es magnitud alguna, es la nada, y consiguientemente por definición, aquello que está suprimido mentalmente y que no se puede volver a suprimir mentalmente (...) Las condiciones negativas en este sentido quedan fuera de la relación causal jurídico-penal. El concepto de condición negativa cabe a lo sumo emplearlo como expresión abreviada de que, en la hipótesis de que se diera lo negado, se habría condicionado la evitación de un resultado negativamente condicionado (si el que se omite obrase, evitaría el resultado), debiendo tenerse en cuenta siempre el carácter hipotético de la causación”. Y complementa que, “si se determina una diferencia de resultado entre la acción ejecutada y la omisión, o entre la omisión llevada a cabo y la acción hipotética, debe darse la ‘causalidad’ del comportamiento realmente ejecutado (...) Por factible que sea consecuentemente esta solución, sin embargo no comporta modificación alguna de la idea de que la omisión no condiciona *positivamente* nada; no se hace sino dirigir la cuestión hacia la diferencia entre un omitir y un actuar”.

típico acaecido (lesiones o muerte), sino porque la acción omitida se constituiría salvadora en el sentido de evitar la producción del evento típico²⁰⁰.

Se podría pensar algo semejante con respecto a la omisión propia, puesto que se castiga al que omite el deber de socorro *también* en virtud del hecho de que la acción que le prescribe la norma – fundamentada en el *principio de solidaridad* – sería abstractamente capaz de evitar la realización de un *eventual* resultado, aunque no sea éste elemento del tipo penal. Conviene resaltar, sin embargo, que solamente de manera remota –y más allá del contenido del tipo penal– se puede hablar de causalidad hipotética en los delitos omisivos propios de mera conducta, en los cuales no existe un resultado *típico* de que dependa la consumación (ni, por tanto, relación de causalidad con respecto a la acción esperada).

La sobredicha trascendencia *normativa* principalmente de la imputación por omisión impropia ha llevado expresivo sector de la doctrina a desestimar la

²⁰⁰ Es importante aseverar que, *desde el punto de vista de parte de la doctrina (por todos, SCHÜNEMANN)*, la lógica de la causalidad hipotética debe ser sustituida por la del *incremento del riesgo por no haber el garante practicado la acción esperada y conforme a su rol*. En este sentido, el garante responde no porque la acción esperada hubiera evitado el resultado, sino porque la acción esperada habría disminuido el riesgo y, por ello, la omisión ha *incrementado* el riesgo de ocurrencia del resultado. En contra de dicha fórmula, JAKOBS señala que “(l)a doctrina dominante requiere desde luego para la imputación del resultado algo menos que el éxito de la salvación hipotética; bastará ya la omisión de disminuir un riesgo de resultado. Esta teoría ha de rechazarse por los mismos motivos que hablan en contra de la imputación en virtud del incremento del riesgo en el delito de comisión”, en JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 962.

relevancia de la causalidad en torno a la problemática en análisis, entendiéndose que en verdad se trata más de una cuestión de *antijuridicidad*²⁰¹.

De todo lo planteado se desprende que la omisión está siempre referida a una acción *que se pueda* realizar en orden a impedir causalmente que el resultado se produzca. Ello aproxima la omisión, desde un punto de vista ontológico, a la propia acción²⁰². Sin embargo, la diferencia está en que *normas prohibitivas* definen la *acción típica prohibida* (delito de acción), mientras que *normas preceptivas* conforman –aunque sea implícitamente– una *acción prescrita* (delitos de omisión)²⁰³. Puestas así las cosas, podría decirse más propiamente que la *posibilidad de omisión* sí es el elemento ontológico básico de los delitos de acción, mientras que la *posibilidad de acción* es el de los delitos de omisión.

Distintos, de todas maneras, son los *fundamentos* asociados a los *delitos de omisión propia*, por un lado, y a los *delitos de omisión impropia* o de *comisión por*

²⁰¹ Por todos, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 827, “(...) la causalidad no constituye la cuestión decisiva de la omisión. Lo importante es, por el contrario, el punto de vista normativo, con arreglo al cual aquél en cuya intervención confía la comunidad, al omitir la actividad esperada vulnera intereses que se hallan confiados a su custodia y que, a falta de otro aseguramiento, quedan desprovistos de protección. El problema de la equiparación se convirtió, así, *en una cuestión de antijuridicidad*”.

²⁰² Así es que MUÑOZ CONDE y GARCÍA-ARÁN mantienen que la *posibilidad de acción* es “el elemento ontológico conceptual básico tanto a la acción como a la omisión”, en MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 238.

²⁰³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., págs. 79 y 80.

omisión, por el otro²⁰⁴. En los delitos de omisión propia hay una acción preceptivamente ordenada, en correspondencia con una conducta omisiva descrita por una norma incriminadora específica, de modo que la mera omisión del comportamiento esperado es suficiente para la configuración del tipo penal. El ejemplo clásico se encuentra en el delito de omisión del deber de socorro (artículo 195 del CP). El fundamento aquí está en el *deber de solidaridad* que la ley impone a *cualquier persona* que en concreto esté en condiciones de actuar.

Por otra parte, en los delitos de comisión por omisión los fundamentos están no en un deber genérico (dirigido a todos) de acción que una norma especial imponga, sino en *especiales deberes de garantía* contemplados en una norma general, es decir, la del artículo 11 del CP español²⁰⁵, el cual a su vez transporta las fuentes de dichos deberes a ámbitos extra-penales (ley, contrato y actuar peligroso precedente). Incumplido el deber de garante, el sujeto responde por el resultado, de la misma forma que sucedería si lo hubiera producido por una conducta comisiva; responde así, como consecuencia jurídico-normativa de su omisión, por un tipo penal

²⁰⁴ Parte de la doctrina española suele referir, más allá de los delitos de omisión pura o propia y de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, una tercera categoría: la de los *delitos de omisión y resultado*, a ejemplo del delito definido en el artículo 305 del Código Penal español. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 240. En suma, se trata de delitos de omisión propia, pero vinculados a un resultado del que la ley hace depender la consumación.

²⁰⁵ § 13, 1, del StGB alemán; artículo 13, § 2º, del Código Penal brasileño.

comisivo. Las situaciones de *garante*, por tanto, le imponen a sujetos específicos²⁰⁶, en virtud de determinados parámetros normativos, deberes *extra-penales* de actuar siempre en orden a evitar un *resultado típico*, por cuya producción responderá como si lo hubiera causado activamente. JESCHECK subraya con propiedad que los delitos de omisión impropia constituyen “la contrapartida de los delitos de resultado”, ya que, “(...) la producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que vulnera su deber de evitar el resultado se ve gravado con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico”²⁰⁷. Mientras tanto, los delitos de omisión propia son la contrapartida de los delitos de mera actividad²⁰⁸. Además, como bien refiere POLAINO NAVARRETE, en la *comisión por omisión* hay un *deber de garante de*

²⁰⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, vol. I, t. II, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 272, “(e)n la dogmática penal actual, se estima que la posición de garante *no es la posición que corresponde a todo sujeto* que en una determinada situación tenga el deber de actuar, sino que es la *específica situación* que, de entre todos los sujetos, señala sólo a *determinadas personas* como vinculadas jurídicamente *ab inicio* por un especial deber de velar por la protección de determinados bienes penalmente protegidos respecto de cuya salvaguardia son garantes”.

²⁰⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 833.

²⁰⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 833. Por el hecho de que estén vinculados a delitos de mera actividad, por un lado, y a delitos de resultado, por otro, el autor alemán llega a considerar más adecuada la distinción entre delitos de omisión *simple* (en lugar de omisión propia) y delitos de omisión *cualificada* (en lugar de omisión impropia).

naturaleza extra-penal (civil o administrativa), mientras que en la *omisión propia* de lo que se trata es de un *deber estrictamente penal*²⁰⁹.

Esta situación normativa pone de manifiesto que los delitos de omisión propia no plantean mayores complicaciones dogmáticas, ya que la *delimitación de la conducta omisiva* y la respectiva *acción esperada* se desprenden claramente del propio tipo penal específico. Entre tanto, los delitos de comisión por omisión sí presentan múltiples dificultades dogmáticas, desde la insuficiencia de los parámetros establecidos como *fuentes de deber de garante* en el artículo 11 del CP hasta las complicaciones que supone la definición de criterios normativos objetivos y controlables de imputación. Esta problemática radica sobre todo en la naturaleza extra-penal de los deberes de garante, puesto que la norma penal hace depender su origen de la ley (extra-penal), del contrato o de un actuar precedente peligroso (no expreso en los tipos penales).

Dentro de este contexto, teniendo en cuenta que en los delitos de omisión impropia el sujeto responde como si hubiera realizado activamente el resultado típico –de ahí que se los designe por delitos de *comisión por omisión*, terminología preferencialmente adoptada en España–, el problema fundamental de esta suerte de delitos, como bien lo identificó JESCHECK, es, en cuanto que no regulados en la ley

²⁰⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, op. cit., págs. 272 y 273. En el mismo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. L, enero 1997, págs. 6-112.

penal, “(...) la cuestión de los presupuestos bajo los cuales la no evitación de un resultado típico puede *equipararse* a su producción mediante un hacer positivo”²¹⁰. Por lo tanto, más allá de considerar los *deberes específicos de garante*, hay que establecer presupuestos y criterios capaces de definir los *límites normativos*, según la gravedad asociada al comportamiento, *de equiparación* de la omisión a la conducta comisiva descrita en tipo penal que se considere²¹¹. Se trata, conforme a la concepción de SILVA SÁNCHEZ, de la “perfecta identidad estructural y material en el plano normativo con la comisión activa”²¹².

Los términos del artículo 11 del CP expresan claramente esta realidad jurídica: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una

²¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 826.

²¹¹ En este sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, op. cit., pág. 269, “(l)os delitos de comisión por omisión se configuran por una conducta humana que tiene parte de una omisión y parte de una acción. La omisión es realizada por un sujeto al que se le vincula un especial deber de actuar (*‘deber de actuar’* por la *‘posición de garante’* en que la norma le sitúa). *La omisión de observancia de ese específico deber es considerada por la norma como singularmente grave, y por ello la omisión se equipara a la acción causante del resultado*, cuya producción el garante omitente pudo y debió haber evitado mediante la práctica de la conducta activa jurídicamente exigida”. Vid. el destaque en cursiva.

²¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Comisión y ‘Omisión’. Criterios de Distinción”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (Dir.), *La comisión por omisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 13 a 54, esp. 19.

específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”²¹³.

Según se constata, el dispositivo establece como *fuentes del deber de garante* la ley, el contrato y el actuar peligroso precedente (que suele llamarse *injerencia*), a efectos de equiparación de la conducta omisiva a la acción causalmente vinculada al resultado previsto en el tipo. Un sentido similar se encuentra en el § 13, apartado 1, del *Strafgesetzbuch* (StGB) alemán, que dispone: “Quien omite evitar un resultado perteneciente al tipo de una norma penal será castigado, conforme a dicha norma, únicamente en el caso de que deba responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y de que la omisión sea equivalente a la realización activa del mismo tipo penal”²¹⁴. Y lo mismo en el artículo 13, § 2, del Código Penal brasileño: “La omisión es penalmente relevante cuando el omitente podía y debía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar le incumbe a quien: a) tenga por ley obligación de cuidado, protección o vigilancia; b) de otra forma, ha asumido la responsabilidad de

²¹³ La reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, sólo ha eliminado la anterior referencia a las “faltas”. Sólo en el ámbito de los *delitos*, así pues, se puede hablar de comisión por omisión.

²¹⁴ „Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.“

impedir el resultado; c) con su comportamiento anterior, ha creado el riesgo de la realización del resultado”²¹⁵.

Sin embargo, radican aquí todas las imprecisiones dogmáticas propias de la comisión por omisión: la cuestión que se plantea es desde *cuando haya un mandato específico de actuar* dirigido a determinado sujeto, dicho *garante*, en una situación concreta, hasta al punto de que su comportamiento omisivo se revista de gravedad tal que se haga adecuada su punición como si hubiera causado el resultado. Las dificultades normativas son patentes. Con respecto a la necesidad de complementación del sobredicho *mandato de actuar*, dada la imprecisión legal asociada a los objetivos de incriminación perseguidos, advierte JAKOBS, “(e)l que el mandato haya de complementarse no puede ponerse en duda, ya que la omisión de una acción sólo puede constituir injusto cuando la acción esté prescrita. La cuestión de *cuando* existe un mandato lo responde la ley obviamente mediante una fórmula, que ya se ha revelado como poco expresiva, de evitación del resultado, así como mediante conceptos abstractos del deber de responder de que el resultado no se produzca y de la correspondencia con la realización activa”²¹⁶.

²¹⁵ “A omissão é penalmente relevante quando o omitente podia e devia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

²¹⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 952.

Múltiples han sido las teorías concebidas por las doctrinas alemana y española en lo que se refiere a un adecuado tratamiento de la definición normativa de los presupuestos y criterios según los cuales se le puede imputar al omitente el resultado previsto en un tipo de injusto comisivo, sea o no producto de una acción de tercera persona. De esto se trata en el capítulo siguiente, tras el examen de las hipótesis legales.

CAPÍTULO IV

IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN: SUPUESTOS Y CRITERIOS NORMATIVOS

I. Constitucionalidad de la omisión impropia:

principio de legalidad y cláusula de correspondencia

A) El principio de legalidad y la cláusula de correspondencia

Son conocidas las críticas doctrinales a la existencia de la imputación penal a título de omisión impropia. Parte de la doctrina, en efecto, sostiene el menoscabo del principio de legalidad presente en una imputación basada en la cláusula de correspondencia entre la acción típica y la omisión del titular de deberes de garantía²¹⁷.

²¹⁷ Así, por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2008, págs. 451 y 452. Con la misma posición, vid. CERVINI, Raúl / ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa – desde una visión garantista*, op. cit., págs. 218-225.

En este contexto, se afirma que sólo tipos penales específicos y taxativos pueden fundamentar la responsabilidad penal, sea a título de acción, sea de omisión. No cabría hablar, por lo tanto, de la punibilidad de la omisión sobre la base de una equivalencia normativa con la acción típica, imputándole al omitente un tipo penal comisivo. Se defiende, así pues, la creación de tipos penales omisivos impropios, como únicas fuentes posibles de imputación en este dominio. En este sentido, como subrayan ZAFFARONI, ALADIA y SLOKAR, “(h)abiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos. No es válido afirmar que el legislador no podría prever todos los casos de omisión que merezcan ser punibles, porque es el mismo argumento que usaron para justificar la analogía en tipos activos todos los totalitarismos que lo hicieron. Menos sostenible es el curioso argumento de que el código cobraría una extensión desmesurada, frente a la actual banalización irresponsable de la ley penal. En síntesis, la luz verde para la construcción analógica de tipos penales en esta materia, no tiene otra explicación que una pretendida *etización* que retrocede en varios siglos, a la confusión entre moral y derecho: *qui peut et n’empêche, pèche*, sí, es verdad, quien pudiendo impedir no impide, *peca*, pero en un derecho penal liberal *no delinque*, salvo que un tipo penal debidamente escrito lo establezca”²¹⁸.

²¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALADIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*, op. cit., pág. 452.

No nos parece que la *cláusula de correspondencia*, o de *equivalencia normativa entre comisión y omisión*, suponga en sí misma una “etización” del Derecho Penal, en el sentido expuesto por los juristas argentinos. Debe considerarse, en el ámbito en cuestión, que hay criterios legales de identificación de los deberes especiales de garantía asociados a determinadas personas que, sobre las bases de dominio de fuentes de riesgo y de asunción, están obligadas a evitar que el resultado penalmente típico se produzca.

La Parte General del Derecho Penal contiene una serie de fundamentos de imputación, objetiva y subjetiva, y de responsabilidad penal. Por ejemplo, la imputación a título de dolo tiene sus criterios definidos en normas generales. No es necesario que para cada tipo penal se defina especialmente un tipo doloso, ya que el dolo es el elemento subjetivo implícito en todo tipo penal, incluso la posibilidad de dolo eventual. Por otra parte, en cuanto a la imprudencia, no es necesario que se defina específicamente un tipo culposo, bastando que se prevea la especial posibilidad de punición a título de culpa.

Igualmente sucede respecto a la omisión impropia. De la misma manera que la imputación objetiva a título de comisión, sobre bases de causalidad normativa, se hace según criterios generales, así sucede también con la imputación objetiva a título de omisión²¹⁹, con la única diferencia de que hay en este caso *criterios normativos*

²¹⁹ Según JAKOBS, el problema de omisión impropia (como el de la omisión en general) es uno de *imputación objetiva*, de la misma manera que el problema de la comisión. Lo que interesa examinar, en este ámbito, es el incumplimiento de un deber inherente al rol (especial) del *garante*,

generales (cláusula general de correspondencia) también acerca de la *relevancia penal de la omisión*. De la misma forma que la conducta (acción u omisión) imprudente se define según normas generales, así también sucede con la omisión penalmente relevante.

Lo que cabe identificar y sistematizar, de forma segura, son los criterios de imputación a título de omisión impropia, de modo que la responsabilidad del omitente, titular de deberes de garantía, se haga sobre bases claras, sin menoscabo al principio de legalidad. Ahora bien, los criterios genéricos y vagos de imputación sí afectarían a la exigencia de certeza (*lex certa*) inherente al principio de reserva legal²²⁰; pero no la mera existencia de la imputación a título de omisión impropia. Si

sea por comisión o por omisión. Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 949. En el mismo sentido, como señala POLAINO NAVARRETE, “(l)a omisión (y también la acción) penalmente relevante consiste siempre en la infracción de un deber. La única diferencia normativa existente entre acción y omisión (y, dentro de ésta, entre omisión pura y comisión por omisión) no consiste en que una supone un movimiento corporal y la otra la ausencia de ese movimiento, sino precisamente en el deber jurídico en que en cada caso se infringe”, añadiendo que “(...) existe una correlación entre deber de garante e imputación objetiva”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., págs. 80 y 85.

²²⁰ Sobre la dimensión de *lex certa* del principio de legalidad, “(...) la exigencia de certeza de los tipos penales se refleja intrínsecamente en la garantía de reserva de la *ley* como instrumento exclusivo de definición de delitos. Efectivamente, la construcción de tipos penales en términos vagos e indeterminados le permitiría al intérprete construir el significado legal al amparo de su subjetividad, por juicios de valor, sustituyéndose así al Poder Legislativo en su tarea de definir tipos de delito. Un intérprete podría entender el tipo vago de un modo, mientras que otro lo fijaría de forma distinta, por lo cual no al legislador sino al intérprete le estaría reservada la función de establecimiento real del delito. Ello representaría un vaciamiento del contenido garantista del

hay criterios adecuados de imputación objetiva en este ámbito, no cabe hablar de ofensa al principio de legalidad²²¹.

Siguiendo el mismo orden de ideas, al respecto es importante recordar las palabras de JAKOBS, “(...) se afirma *de lege lata* la inconstitucionalidad de toda punición por omisión impropia. Tal rigorismo saca de contexto la prohibición de leyes penales indeterminadas. Sólo la denominación de los objetos concretos está totalmente determinada. Todo concepto genérico es –en medida variable– indeterminado (...). Dada esta situación, la anticonstitucionalidad del § 13.1 StGB por el elemento del deber de responder sólo cabe afirmarla cuando el estándar de determinación promedio *de la Parte Especial* se absolutiza como norma; no obstante, este estándar nunca ha regido *en la Parte General* (...). Por ello, la prohibición de leyes penales indeterminadas ha de interpretarse como prohibición de

principio de legalidad, cuyo sentido radica exactamente en el aseguramiento de la función formal y objetiva de la ley como exclusivo instrumento de incriminación”, en REBOUÇAS, Sérgio, “Principio Constitucional de Legalidad y Expansión del Sistema Penal: niveles de efectividad de la garantía de reserva legal en el Derecho Penal del riesgo”, en BONAVIDES, Paulo (Dir.), *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 15, año 13, mayo 2014, págs. 498-541, esp. 508-509.

²²¹ Como bien identificado por BAUMANN, el problema no es de establecer una incriminación exhaustiva de delitos de omisión impropia, sino de fijar criterios claros en la redacción de la cláusula general, lo que, a su juicio, el legislador alemán no había logrado (en el § 13 del StGB): “(e)s imposible encontrar una formulación típica para todos los casos merecedores de pena, pero, siguiendo la sugerencia el proyecto alternativo, el legislador habría debido empeñarse en redactar el tipo en forma más concreta. La característica decisiva del deber de responder de la no producción del resultado, prevista en el § 13, es mucho más indeterminada que la descrita en el § 12 del proyecto alternativo (...)”, en BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., págs. 145 y 146.

quedarse a la zaga del estándar del ámbito de regulación respectivo, o bien de renunciar a la determinación alcanzable (...). Ni siquiera este último es el caso en el § 13.1 StGB (...). Más bien, todo deber tiene que estar afianzado sistemáticamente mediante referencia a los delitos de comisión o a los deberes mencionados en la Parte Especial en los delitos de omisión propia semejantes a la comisión”²²².

Por otra parte, en cuanto a la dimensión de tipicidad estricta y la correlacionada prohibición de analogía, tampoco se justifica cualquier identificación de ofensa al principio de legalidad, ya que el propio artículo 11 del CP español (§ 13 del StGH) expresamente establece la responsabilidad del garante, no se trata por tanto, del empleo de analogía²²³. Como lo expresa JESCHECK, “(...) carecen ya de fundamento las reservas concernientes a la prohibición de analogía, pues el legislador ha declarado expresamente en el § 13 que de acuerdo con el Código penal responderá asimismo como autor quien, infringiendo su deber jurídico, no impida el resultado perteneciente al tipo”²²⁴.

²²² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 953 y 954.

²²³ Como refiere BAUMANN, la doctrina dominante en Alemania ha considerado que el legislador constitucional, al crear el art. 103 de la Ley Fundamental, estableciendo el principio de legalidad, “(...) conocía la situación del delito impropio de omisión y que, consecuentemente, la había aprobado”, en BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., pág. 145.

²²⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 554.

En todo caso, se examinará a continuación la propuesta de un sistema de tipos especiales de omisión, en lugar del vigente sistema fundamentado en la cláusula de correspondencia normativa entre comisión y omisión.

B) ¿Tipos especiales de omisión?

No hay obviamente ningún problema en la definición de tipos especiales de omisión que contemplen un especial deber de acción asignado a una determinada persona. Ello, con todo, no excluye el régimen general, basado en la cláusula de correspondencia (o de equiparación, o de equivalencia normativa). La cuestión que aquí se plantea es que, si un sistema exhaustivo de tipicidad de delitos de omisión en la Parte Especial podría sustituir el vigente régimen de imputación a título de omisión impropia (comisión por omisión).

En ese contexto, más allá de la omisión impropia caracterizada con base en la cláusula general de correspondencia (bajo los criterios del artículo 11 del CP, al tipo comisivo especial, y además de la previsión de tipos especiales de omisión propia, existe la posibilidad de entregar una definición legal de delitos especiales de omisión *impropia*. Este es el caso de aquellos delitos en que la Parte Especial, con referencia al tipo específico, establece la equivalencia entre comisión y omisión. En el Derecho Penal alemán, JESCHECK ofrece algunos ejemplos: “El StGB recoge igualmente una serie de *delitos impropios de omisión*. Aquí el mismo legislador señala cuándo y

bajo qué condiciones la no evitación del resultado típico se equipara a la producción del resultado por un hacer positivo. Cabe citar la automutilación (§ 109, segunda modalidad de acción), el quebranto de salud por inobservancia del deber de cuidado de las personas que dependen del autor (§ 223b, tercera modalidad de acción), la puesta en peligro del tráfico viario por no señalizar los vehículos que han quedado mal aparcados (§ 315c I, núm, 2g) (...)”²²⁵.

En el Derecho Penal español igualmente se encuentran tales tipos especiales de comisión por omisión, con equivalencia normativa (*cláusula especial de equiparación*). A título de ejemplo: el delito omisivo de tortura definido en el art. 176 del CP²²⁶. Como las penas asociadas al delito omisivo son las mismas que aquellas aplicables a los tipos comisivos, hay una equivalencia normativa entre ambas, establecida por la norma especial, no tratándose simplemente de una omisión pura. No se viola, en el delito del art. 176 del CP, un deber general de acción, sino un deber especial de garantía, que le hace responsable al omitente como si hubiera producido el resultado contemplado en el tipo comisivo (art. 174, 1 y 2, CP).

No se cuestiona aquí la adecuación de dicha técnica, sino su suficiencia para sustituir el sistema general de la cláusula de correspondencia.

²²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 552.

²²⁶ Artículo 176 del CP: “Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”.

A nuestro juicio, no parece que la Parte Especial cumpla adecuadamente la finalidad de prevención de conductas omisivas de titulares de deberes de garantía, a través de tipos penales especiales claros y determinados. En efecto, diversos tipos penales de omisión propia tienen problemas de determinación mínima, en comparación con los tipos comisivos. Hay que recurrir siempre a los criterios de la Parte General, a fin de evitar una imputación genérica e insegura. Como expone JAKOBS, “(h)ay poca esperanza de que las dificultades de la determinación general de los deberes para la omisión impropia se puedan soslayar mediante regulaciones especiales de la Parte Especial, pues siempre que tal procedimiento se ha llevado ya a cabo, a saber, en los delitos de omisión propia semejantes a la comisión, el legislador no ha conseguido una determinación de la formulación que satisfaga el estándar de la Parte Especial más que en los supuestos concretos no problemáticos (p. ej., en los §§ 123, 265 b, 340, 357 StGB); en los demás supuestos, no se pasa de la mera denominación de un deber de custodia, de protección, etc., no sobrepasándose la determinación alcanzable mediante la regulación general de la Parte General. Además, mediante el desplazamiento no se aclara ningún problema material”²²⁷.

En efecto, no se puede pensar que el simple desplazamiento de la regulación normativa para la Parte Especial podría resolver los problemas dogmáticos

²²⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 954.

inherentes a la omisión²²⁸. Son evidentes las dificultades de sistematización de criterios seguros de imputación objetiva, pero tales problemas son de la omisión impropia en sí misma, en tanto como una categoría dogmática de conducta penalmente imputable. Ello resulta de la característica inherente a la omisión de no permitir la imputación sobre la base tradicional de la causalidad física o empírica, fundamento primario de responsabilidad. Hay que recurrir, por lo tanto, a la imputación sobre bases normativas, de equivalencia con la acción punible, lo cual existirá siempre que se trate de omisión, ya sea en la Parte General, o ya sea en la Parte Especial.

Con ello no se quiere decir que la problemática de la omisión impropia está sólo reservada a la Parte General. Al contrario, es el tipo comisivo en la Parte Especial la que informa sobre una existencia concreta y el contenido del deber de garante, cuyas *fuentes*, eso sí, se encuentran en la Parte General. Lo que aquí se sustenta es solamente que la definición exhaustiva de tipos penales omisivos en la Parte Especial, no sustituye la cláusula de equiparación y no resuelve los problemas dogmáticos asociados a la omisión. La equiparación, de todas maneras, se realiza con base en los tipos comisivos de la Parte Especial. Por esa razón, no todo delito comisivo admite la imputación a título de omisión impropia. Como lo expresa KAUFMANN, “(l)a problemática de la equiparación de determinadas omisiones (impropias) con determinados delitos comisivos no se encuadra en ningún escalón

²²⁸ BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., págs. 137, 145 y 146.

de la estructura del delito (comisivo), no resolviéndose ni según las reglas sobre tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, ni según otras figuras dogmáticas. Lo que se plantea es, más bien, la cuestión de la existencia de cada delito de omisión individual, la cuestión de qué infracciones de mandato, con qué requisitos, alcanzan el merecimiento de pena del delito comisivo de determinado género. *Esta problemática no corresponde a la Parte General del Derecho Penal, sino al lugar donde se indaga sobre la existencia e interpretación de preceptos penales concretos: a la Parte Especial (...)*. El hecho de que la problemática de la posición de garante corresponde a la Parte Especial se pone de manifiesto en que no todo delito comisivo puede cometerse ‘por omisión’. Expresándolo con más precisión: no con respecto a todo tipo de comisión es posible desarrollar tipos de mandato de garante concordes en cuanto a contenido de injusto y a merecimiento de pena²²⁹.

II. Hipótesis normativas expresas:

ley, contrato y actuar peligroso precedente

A) Las fuentes formales de los deberes de garantía

²²⁹ KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los Delitos de Omisión*, op. cit., págs. 293 y 294.

Afirma JESCHECK que “todos los supuestos” del “deber de evitar el resultado” en el ámbito de la omisión impropia “se basan en la *idea fundamental* de que la protección del bien jurídico en peligro *depende* de una prestación positiva de una determinada persona y que los afectados *confían* en la intervención activa de la misma”²³⁰.

Se identifica en esta concepción el *deber de protección del bien jurídico*²³¹ fundado en las nociones de *dependencia* y de *confianza* respecto a los afectados. Las teorías desarrolladas en relación con la problemática que nos ocupa han considerado en mayor o menor medida esos criterios, aunque para rechazarlos, superarlos o complementarlos con otros más.

Todo ello refleja la indeterminación y la insuficiencia de la disciplina legal de las *fuentes de deber de garante* establecidas en el artículo 11 del CP español²³², en el

²³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 854.

²³¹ En palabras de BAUMANN, “(l)os delitos impropios de omisión presentan dificultades especiales, porque las normas prohibitivas están referidas en primer término a infracciones cometidas mediante una acción positiva, y la omisión puede ser equiparada a la acción positiva solamente en los casos en que exista una *particular proximidad frente al bien jurídico lesionado*”, en BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., pág. 137.

²³² Según POLAINO NAVARRETE, “(e)l carácter parco y cerrado de fuentes que incorpora el precepto [art. 11 del CP] se muestra anticuada e insuficiente en la moderna dogmática jurídico-penal (...)”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 86.

§ 13 del StGB alemán²³³ y en el artículo 13, § 2, del CP brasileño²³⁴: la ley, el contrato y el actuar peligroso precedente (o injerencia)²³⁵. Con todo, no se puede ignorar esa base normativo-legal, por lo menos como punto de referencia y parámetro mínimo sobre el cual se desarrollen los demás criterios. Es necesario entonces, examinar el contenido de las hipótesis legales.

Antes que todo, cobra importancia advertir que no se trata de deberes morales, sino de deberes exclusivamente *jurídicos* de garante²³⁶, ya que únicamente una causa *normativa* se puede tomar como fuente de la obligación de impedir el resultado de un delito. En palabras de JESCHECK, “(c)omo únicamente una causa *jurídicamente* reconocida de obligación puede tomarse en consideración en orden a la posibilidad de evitar un resultado, los deberes *morales* no pueden constituir el fundamento de la

²³³ BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., pág. 146.

²³⁴ Al respecto, como resalta JAKOBS, “(h)ay poca esperanza de que las dificultades de la determinación general de los deberes para la omisión impropia se puedan soslayar mediante regulaciones especiales en la Parte Especial, pues siempre que tal procedimiento se ha llevado a cabo, a saber, en los delitos de omisión propia semejantes a la comisión, el legislador no ha conseguido una determinación de la fórmula que satisfaga el estándar de la Parte Especial más que en los supuestos concretos no problemáticos (...)”, en JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 954.

²³⁵ Según referencia de ROXIN, “(y)a desde el siglo XIX eran considerados la ley, el contrato y el actuar precedente como las tres fuentes del deber de evitación del resultado. Hoy se denomina a estas fuentes como ‘posiciones de garante’”, en ROXIN, Claus, “Injerencia e Imputación Objetiva”, en *Revista Penal*, núm. 19, 2007, págs. 152-161, esp. 154.

²³⁶ BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., págs. 143 y 148.

responsabilidad jurídico-penal (...), lo cual se determina expresamente en el § 13 I²³⁷. Los deberes jurídicos, de todas maneras, están normalmente previstos en normas extra-penales.

B) Ley

La primera fuente de esta obligación es la *ley*, comprendida en el sentido amplio de *norma jurídica*²³⁸. En este ámbito en que se insertan, por ejemplo, los deberes jurídicos de los padres con relación a sus hijos menores. En efecto, en situaciones como ésta, el sujeto tiene obligación legal de impedir resultados típicos como las lesiones o la muerte del protegido, lo que envuelve, en el caso del padre, a las obligaciones alimentarias hacia su hijo menor, so pena de responder –si concurren los demás requisitos normativos– por un delito de lesiones o de homicidio, según sea el caso.

Desde ahí ya despunta una complicación relevante: *¿qué deberes oriundos de la ley pueden constituir fuentes de garantía, si se presupone que no toda la multiplicidad de obligaciones legales pueden generar para el sujeto un deber de evitar un resultado penalmente típico?*

²³⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 855.

²³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 86.

Téngase en cuenta que la omisión del sujeto debe *equipararse* en gravedad a la conducta comisiva prevista en el tipo penal considerado, lo que impide que se tome por base *cualquier obligación legal* como fuente de la posición de garante. Al respecto, procede la crítica de LASCURAÍN SÁNCHEZ, quien destaca que, a pesar del papel legal de fuente de deberes de garantía, se hace necesario preguntar “(q)ué hechos o situaciones debe recoger la ley penal como generadores” de dichos deberes²³⁹. Y añade el mismo autor que, “(a)quí la respuesta sí que resulta claramente injustificada e insuficiente si tiene por contenido cualesquiera deberes legales, pues *de ella resultaría la absurda catalogación de todo deber legal como deber especial en el sentido penalmente reforzado y especialmente reforzado dentro del ámbito penal*”²⁴⁰.

Esta última referencia del autor –*especialmente reforzada dentro del ámbito penal*– radica en la circunstancia particular de que el omitente responderá por el resultado previsto en un tipo de injusto comisivo como si lo hubiera causado activamente. Por lo tanto, no se trata tan sólo de la relevancia penal del comportamiento –que podría conducir a una punición por un delito de omisión propia en consecuencia de la violación de un deber general–, sino de una *reforzada* relevancia penal, consistente en la imputación *exclusivamente normativa* de un

²³⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 26.

²⁴⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., pág. 27.

resultado producido (ahora desde el punto de vista causal físico) por una fuerza (humana o no) ajena.

Así pues, de lo que se trata en esta cuestión es de la necesidad de identificar un deber legal *relevante* a efectos de crear una posición de garante y, de esta forma, fundamentar una imputación no causal-naturalista, sino exclusivamente normativa de un resultado propio de un tipo de injusto comisivo.

C) Contrato

Las mismas ideas expuestas anteriormente se concluyen respecto al *contrato*, como segunda fuente de posición de garante, con arreglo al artículo 11 del CP español. Se trata, en palabras de POLAINO NAVARRETE, del “(...) comportamiento jurídicamente exigible proveniente de acuerdo bilateral entre las partes”²⁴¹.

De la misma manera que a ley, el contrato constituye una fuente formal muy amplia de deberes de garantía. Como observa LASCURAÍN SÁNCHEZ, “(...) las leyes (...) nos obligan a muchas cosas y nos obligamos de múltiples modos a través de los contratos, sin que el puro cauce formal o el puro compromiso legal o contractual, del tipo que sea, constituyan por sí mismas razón de fondo suficiente para hacer de esos deberes unos deberes penalmente reforzados y, dentro de ello, severamente

²⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 87.

reforzados hasta el punto de hacer responder al sujeto por el resultado que la observancia de su deber hubiera evitado”²⁴². El criterio puramente formal, por lo tanto, no es suficiente para fundamentar la existencia de un deber *especial* de impedir el resultado delictivo.

Si se puede estimar que un contrato entre médico y paciente coloque a aquél en posición formal de garante con respecto a una cirugía²⁴³ –aunque no lo sea en relación a todas las situaciones posibles e imaginables–, lo mismo cabe concluir en cuanto a algunos de los múltiples contratos verbales o (aunque sean escritos) imperceptibles que la sociedad contemporánea ofrece, los cuales como mucho pueden fundamentar un deber general, pero no especial (garante) de actuar.

Esta cuestión asume particulares contornos en el marco de la empresa, en que toda la actividad resulta minuciosamente disciplinada por la ley, estatutos y múltiples contratos, lo que conforma un ambiente de complejidad que, si se consideran todas las obligaciones originarias o asumidas como fuentes de deber formal de garantía, la intervención penal reforzada se haría incontrolable o por lo menos desproporcional.

²⁴² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., pág. 27.

²⁴³ POLAINO NAVARRETE ofrece también el ejemplo de los “deberes contraídos por una niñera (canguro o *baby-sitter*) consistente en el cuidado de un menor por virtud de un contrato (verbal o escrito) entre ella y los padres del menor”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 87.

Así pues, a los criterios de la ley y del contrato como fuentes formales de deberes de garantía debe añadirse un criterio material de *asunción fáctica y específica* del deber de garantía. Como bien señala POLAINO NAVARRETE, esta asunción “(...) puede provenir por contrato, por una gestión de negociaciones o cualquier conducta concluyente de la aceptación de aquél, pero la idea clave consiste en la asunción fáctica de la posición de garante, que genera una expectativa social de conducta fundamentada en una confianza jurídica, no de solidaridad sino de garante”²⁴⁴.

En este contexto, se identifica claramente la insuficiencia de las fuentes formales –ley y contrato– a efectos de imputar al omitente responsabilidad por el resultado de un tipo de injusto comisivo, como si lo hubiera causado. Sólo una *asunción específica y fáctica* puede fundamentar la existencia del *rol especial* asignado a determinada persona, más allá de su deber general de solidaridad mínima. Como señala GIMBERNAT ORDEIG, “(a)ctualmente existe unanimidad en que la presencia o no de una posición de garante dentro del marco del contrato no depende de la validez de este, sino de la llamada ‘asunción fáctica’ de que se va a velar por un determinado bien jurídico”²⁴⁵.

²⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 87.

²⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. L, enero 1997, págs. 6-112, esp. 31. GIMBERNAT llega a afirmar no la complementación, sino la *sustitución* del criterio del contrato por el de la asunción fáctica, al señalar que “(u)na vez sustituido el criterio del contrato por el de la

Así pues, sólo un criterio de asunción específica puede fundamentar la conformación de un *rol especial* del empresario garante, como algo diferente del rol común que le impone a la persona un deber general de solidaridad mínima. Tal y como señala POLAINO-ORTS, “(...) los *roles especiales* son los que obligan únicamente a aquellos sujetos que se encuentran en una posición especial, concreta, determinada, que les distingue y les individualiza frente al resto de ciudadanos: por ejemplo, el rol del funcionario público, el rol del padre, etc. Por ello, no son deberes de solidaridad mínima, sino *deberes de garante*, porque generan una incumbencia singular, específica, a la que únicamente se puede llegar mediante la titularidad del rol especial”²⁴⁶.

Se aborda con más detalles en el número III, apartado B), *infra*, que la libertad de autodeterminación personal es lo que establece la asunción específica del deber como fundamento de la posición de garante, más allá de sus fuentes meramente formales.

asunción fáctica, éste desarrolla ya sus propios principios internos y lleva, por ello y en algunas ocasiones, a *restringir* –en vez de a ampliar– el ámbito de la posición de garantía, negándose su presencia en supuestos en los que civilmente está fuera de discusión que existe ya una obligación contractual (...)”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, op. cit., págs. 6-112, esp. 32.

²⁴⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal Funcionalista. Aspectos Fundamentales*, México, Flores Editor, 2014, págs. 63-100, esp. 69.

D) Injerencia

La tercera fuente de deber formal de garante emana del *actuar peligroso precedente*, corrientemente designado por la doctrina como *injerencia*²⁴⁷. En verdad, es la conducta anterior creadora de una situación de peligro que genera una injerencia del sujeto sobre dicha situación, lo que le impone un deber de contención del peligro creado. A tenor del artículo 11, *b*, del CP, existe deber de garante “cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”. Según GIMBERNAT ORDEIG, “(d)e acuerdo con este principio, el que mediante un hacer precedente (injerente) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente *omite* evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente”²⁴⁸.

Puede citarse como ejemplo el caso del sujeto que maneja una sustancia explosiva o inflamable, de donde surge el deber de evitar que se produzca una explosión o un incendio; o el caso del empresario responsable por la distribución de

²⁴⁷ Sobre la injerencia desde la perspectiva funcionalista, que aquí se adopta en lo esencial, vid. JAKOBS, Günther, “Teoría y Praxis de la Injerencia”, trad. de Manuel CANCIO MELIÁ, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, págs. 17-50.

²⁴⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, op. cit., págs. 6-112, esp. 19 y 20.

productos potencialmente nocivos a la salud (caso utilizados de una determinada forma), hipótesis en que debe tomar las adecuadas medidas de protección y de información.

Al respecto, POLAINO NAVARRETE señala con propiedad que “(...) la esencia de ese deber estriba en la desvalorización penal de una situación en la que se coloca el sujeto, de *actividad de riesgo*, generadora de un peligro de producción de un resultado contrario a un bien jurídico”²⁴⁹, añadiendo el mismo autor que, “(...) esta acción creadora de la situación de peligro obliga al sujeto a un hacer posterior que neutralice la situación creada, por lo cual si no evita la materialización del riesgo o peligro de lesión, es responsable de éste como obra propia”²⁵⁰. El deber de garantía, por lo tanto, se funda en una creación de peligro asociada a la posterior omisión de acciones neutralizadoras, lo que conlleva la imputación del delito comisivo al omitente, cuando se produzca el resultado típico de lesión o de peligro.

A su vez, MIR PUIG destina precedente crítica a la fórmula legal, resaltando que ésta “(...) no distingue según que la acción u omisión precedente haya creado dolosamente o sólo imprudentemente el riesgo”, lo que “literalmente da a entender

²⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, op. cit., pág. 296.

²⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, op. cit., pág. 296.

que todo actuar precedente genera posición de garante y, en caso de resultado, comisión por omisión”²⁵¹.

Aquí, del mismo modo que sucede en relación a la ley y al contrato como fuentes de deberes de garantía, cumple establecerse mecanismos de limitación del amplio alcance de la fórmula legal, de modo que en ella no resulten equiparadas situaciones de muy distinta gravedad, como sea la creación dolosa, imprudente o aun fortuita de un riesgo. Los criterios, naturalmente, han de ser normativos; a falta de una precisión legal, el parámetro se identifica siempre en la *equiparación* de la omisión a la comisión, lo cual, como destaca MIR PUIG, “(...) deja abierta la puerta a excluir de la comisión por omisión por lo menos los casos de creación fortuita del riesgo”²⁵², ya que –siguiendo al mismo autor–, “(...) puede aducirse que si la creación del riesgo no ha sido querida o imprudente no cabe imputarla al sujeto como suya, de modo que no cabría decir que ha sido ‘el omitente’ el que ‘ha creado una ocasión de riesgo’ en el sentido del art. 11 CP”²⁵³.

Si por un lado se debe excluir el riesgo fortuito²⁵⁴, por otro no se exige que el riesgo creado por el garante sea necesariamente antijurídico, aunque, en este

²⁵¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, pág. 326.

²⁵² MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 326.

²⁵³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 326.

²⁵⁴ Como señala el TS, no hay deber de garantía “(...) cuando la conducta consiste en no intervención, no actuar frente a peligro ya existente de origen diverso a la propia omisión (procedente de causas naturales, acciones de terceros o incluso de una actuación no dolosa del

particular, parte de la doctrina es discordante²⁵⁵. Basta con que el actuar anterior del sujeto genere un riesgo *que pueda tornarse desaprobado* y, por ello, exigir la intervención del garante en aras a impedir el resultado penalmente típico. A título de ejemplo, el empresario que pone en un mercado un producto peligroso no actúa antijurídicamente si cumple las obligaciones de información al consumidor. Con todo, su actuar precedente le hace obligado a actuar para impedir el resultado típico (muerte, lesión) si posteriormente se constatan otros peligros, antes no previstos. En este caso, la conducta anterior de colocar el producto en el mercado, sin ser antijurídica, genera el deber de garantía de que no se produzca el resultado, ya que el garante es responsable por la contención de riesgos posteriormente constatados, desde que estén en sus ámbitos de organización y de dominio.

En la hipótesis examinada, lo que fundamenta directamente *la responsabilidad penal* no es la *injerencia dentro los márgenes del riesgo permitido*, sino su *omisión dolosa o imprudente*. La injerencia sólo fundamenta el deber especial de acción,

propio sujeto) y cronológicamente anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural y desemboque en una lesión del bien jurídico”. Vid. TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 87/2017, 20.I.2017. Ponente: GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón Berdugo.

²⁵⁵ Como refiere CUELLO CONTRERAS, “(c)uando se creó el peligro y quien lo creó no hace nada dolosa o imprudentemente para atajarlo, le será imputable el resultado no evitado en comisión por omisión, dividiéndose la doctrina que defiende la injerencia como fuente de deberes de garante entre quienes exigen que el comportamiento previo sea antijurídico y quienes no lo exigen”, en CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 188. Vid. también GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, op. cit., págs. 6-112, esp. 57 a 64 / ROXIN, Claus, “Injerencia e Imputación Objetiva”, op. cit., págs. 152-161, esp. 156.

pero la responsabilidad penal existe por la omisión posterior, intencional o imprudente, en contener los riesgos (desaprobados) derivados de su actuar precedente (permitido o no). Por ejemplo, el empresario advierte al consumidor sobre los riesgos de determinado medicamento, cuando consumido de determinada forma (riesgo normativamente permitido); pero después de colocado el producto en el mercado, se descubre en el medicamento un principio activo que puede generar reacciones dañinas específicas e incluso la muerte (riesgo desaprobado); en este caso, el empresario debe actuar para retirar el producto del mercado, so pena de responder por el resultado típico como si lo hubiera causado. Lo que fundamenta el deber de garante es la injerencia, el actuar precedente y permitido de colocar el producto peligroso en el mercado; pero lo que fundamenta la responsabilidad penal es la omisión, dolosa o imprudente, de retirar el producto peligroso del mercado cuando ello sea necesario (riesgo desaprobado). Según CUELLO CONTRERAS, “(e)l problema que supone la exigencia de que el comportamiento previo sea *antijurídico* estriba en que pareciera que es ese mismo comportamiento el que fundamentara la responsabilidad, con lo cual ésta aparecerá como subsecuente (= *versari in re illicita*). Si a esto añadimos que se dejaría fuera de su ámbito el comportamiento no contrario a Derecho, como el derivado de la fabricación de productos cuya peligrosidad se constató después, o autorizaciones contraindicadas posteriormente, se comprobará la cuestionable de este criterio”²⁵⁶.

²⁵⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 188.

En cuanto a la injerencia, el artículo 11 del CP no prevé la posibilidad de atenuación de la pena según la distinta entidad de la conducta anterior de creación del riesgo (tampoco lo hace el CP brasileño). En este particular, el § 13, apartado 2, del StGB alemán, sí contempla la posibilidad de atenuación de la pena con vistas exactamente a establecer una responsabilidad adecuada al caso concreto de que se trate. Se trata de una solución adecuada, considerando los múltiples grados de gravedad, o la propia naturaleza jurídica (lícita o ilícita), del actuar peligroso precedente, lo cual reclama una graduación de la culpabilidad del garante cuando dolosa o imprudentemente haya omitido la exigida intervención necesaria para impedir el resultado típico.

Sea como sea, hay diversos problemas asociados al objetivo de que se conciban criterios idóneos para una imputación normativa segura en el ámbito de la comisión por omisión.

Tras haberse aclarado las limitaciones de las fórmulas legales, demasiado abstractas y amplias, cabe ahora referirse a las concepciones doctrinales formuladas con respecto a esta espinosa cuestión.

III. Fundamentos *normativos* de la imputación:

origen, contenido y límites del deber de garante

A) Consideraciones iniciales

La multiplicidad de teorías desarrolladas en el marco de la problemática de la comisión por omisión transita básicamente en torno a dos categorías de deberes, según la clásica formulación teórica de ARMIN KAUFMANN: (i) protección de determinados bienes jurídicos (*Obhutsgarantestellungen*); (ii) control de fuentes de riesgos (*Überwachungsgarantes-tellungen*)²⁵⁷. Ello conforma una *teoría de las funciones* del sujeto garante, centrada en el *contenido* de las posiciones de garantía.

²⁵⁷ Vid. KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1959, págs. 282 y 283, en este momento citado en su texto original: Gegenstand der Erfolgsabwendungsgebote, die für die unechten Unterlassungsdelikte relevant werden ist in der Regel die Verhinderung der Verletzung von Rechtsgütern. Die Garantenstellung besteht also in einer Schutzposition gegenüber einem Rechtsgut. *Die Verteidigungsaufgabe des Garanten kann in zwei Richtungen gehen: Einmal kann das Gebotssubjekt 'auf Posten gestellt' sein zum Schutze eines ganz bestimmten Rechtsgutes gegen alle Angriffe, gleich aus welcher Richtung; hier besteht die Schutzfunktion in der 'Rundumverteidigung' des konkreten Rechtsgutes gegen Gefahren verschiedenster Art.* Diese Aufgabenstellung herrscht vor bei denjenigen Garantenstellungen, die unmittelbar in einem Rechtssatz anerkannt sind, sowie bei denen, die durch tatsächliche Aufnahme vertraglicher Pflichten begründet werden. *Zum anderen kann die Garantenposition in der Überwachung eines bestimmten Gefahrenquelle bestehen, gleichgültig, welchen konkreten Rechtsgütern im einzelnen aus dieser Quelle Gefahren drohen.* Die Schutzaufgabe des Garanten hat hier das 'Eindämmen der konkreten Gefahrenquelle' zum Inhalt; nur sekundär, als Reflexwirkung, folgt daraus die Garantie für diejenigen Rechtsgüter, die von dieser Gefahrenquelle bedroht sind. Vom konkreten Rechtsgut her gesehen beschränkt sich die Schutzfunktion des Garanten auf eine einzige Angriffsrichtung, auf diejenige, die aus der einzudämmenden Gefahrenquelle dem Rechtsgut droht.

A juicio de KAUFMANN, el primer ámbito consiste en el *deber de protección hacia un bien jurídico específico contra cualquier ataque*, independientemente de su dirección (*“Einmal kann das Gebotssubjekt ‘auf Posten gestellt’ sein zum Schutze eines bestimmten Rechtsgutes gegen alle Angriffe, gleich aus welcher Richtung; hier besteht die Schutzfunktion in der ‘Rundumverteidigung’ des konkreten Rechtsgutes gegen Gefahren verschiedenster Art”*)²⁵⁸, conforme a una previsión directa de la norma jurídica o a una obligación contractual asumida (*“Diese Aufgabenstellung herrscht vor bei denjenigen Garantenstellungen, die unmittelbar in einem Rechtssatz anerkannt sind, sowie bei denen, die durch tatsächliche Aufnahme vertraglicher Pflichten begründet werden”*)²⁵⁹.

Por otro lado, el segundo dominio comprende el deber inmediato de *contención de un riesgo específico hacia el bien jurídico* (*“Die Schutzaufgabe des Garanten hat hier das ‘Eindämmen der konkreten Gefahrenquelle’ zum Inhalt”*), así como, pero sólo de modo reflejo, hacia las personas afectadas por ese peligro (*“nur sekundär, als Reflexwirkung, folgt daraus die Garantie für diejenigen Rechtsgüter, die von dieser Gefahrenquelle bedroht sind”*)²⁶⁰. Esta concepción, sin embargo, se refiere al *contenido* de los deberes de garante, sin constituir una teoría normativa

²⁵⁸ KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, op. cit., pág. 282.

²⁵⁹ KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, op. cit., pág. 283.

²⁶⁰ KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, op. cit., pág. 283.

acerca del fundamento de su *origen*²⁶¹. Hay que destacar, de todas maneras, que la perenne contribución de KAUFMANN se inserta precisamente en un contexto de necesidad de superación de las clasificaciones tradicionales, que consideraban con exclusividad las *fuentes* de deberes mediante una *teoría formal del deber jurídico*, sin fijarse en el contenido de las posiciones de garante. Eso es lo que sucede incluso en la actual disciplina legal acerca del tema, establecida con nítida influencia de esa concepción puramente formal: *ley, contrato y actuar peligroso precedente*, son meras *fuentes formales* de los deberes, sin referencia directa a cualquier contenido.

Así pues, es cierto que la teoría de las funciones no es suficiente para el adecuado tratamiento del problema, ya que no siempre quien puede actuar tiene el deber de hacerlo, tampoco una concepción meramente formal se muestra propia a los mismos efectos. La solución deseable es la conciliación entre, de un lado, el marco de las fuentes formales en cuanto que *origen* de los deberes y, de otro, el ámbito material de las funciones, que precisan el *contenido* de las posiciones de garantía. Como expone JESCHECK, “(l)a clasificación tradicional no se fija en el contenido del deber jurídico, por lo que no se puede indicar ningún elemento material de delimitación”²⁶², añadiendo que “(t)al defecto intenta evitarse por la más reciente doctrina, iniciada por *Armin Kaufmann*, según la cual los deberes de garante

²⁶¹ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ resalta que la teoría de KAUFMANN es meramente “descriptiva de los contenidos de los deberes, pero no una teoría normativa acerca de cuándo deben establecerse éstos”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., pág. 30.

²⁶² JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 855.

deben determinarse con arreglo a criterios *materiales*. Dicha teoría distingue entre deberes de garante que consisten en una *función de protección de un determinado bien jurídico* (deberes de custodia) y aquellos otros en los que el garante está obligado al *control de una fuente de peligro* (deberes de aseguramiento o dominio) **(teoría de las funciones)**. La perspectiva material muestra un camino de resolución de la problemática del garante sobre la base del sentido social de los distintos deberes, pero tampoco pueden perderse de vista las fuentes de las que éstos surgen, pues de lo contrario se abrirían las puertas a un peligro de excesiva extensión. De ahí que deba perseguirse una *unión* de los puntos de vista formales y materiales”²⁶³.

Dicho esto, conviene referirse –respecto a *cuándo haya* que establecer los deberes de garantía–, a la evolución teórica que ha tenido lugar en la doctrina alemana y los contornos que ha asumido en la doctrina española.

B) Libertad de autodeterminación personal y deberes de garantía

A nuestro juicio, el primer fundamento normativo que hay que examinar es el de la *libertad de autodeterminación personal*. El significado esencial de esta noción en el ámbito aquí examinado es que la existencia de un deber de garantía no tiene su

²⁶³ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., págs. 855 y 856.

origen sólo en una fuente formal que prevea la obligación de actuar, sino en la *asunción específica y fáctica de un rol especial* por determinado sujeto, que libremente decide ponerse en determinada posición, la cual a su vez le asigne dicho rol²⁶⁴. El sujeto es garante porque, en el ejercicio de su libertad de autodeterminación, ha decidido asumir el deber especial de protección²⁶⁵.

Como señala JAKOBS, “(e)n una sociedad de libertades, y, mas aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad decentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección. Sin este

²⁶⁴ Sobre la diferencia entre rol común y rol especial, vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 63-100, esp. 68 y 69: “(e)l rol común es aquel que afecta a todo sujeto en la Sociedad (...) Se trata de un *rol de solidaridad mínima*, que afecta a todo ciudadano que se encuentre en el mundo social, sin distinciones de ningún tipo (...) Por el contrario, los *roles especiales* son los que obligan a aquellos sujetos que se encuentren en una posición especial, concreta determinada (...)”.

²⁶⁵ En verdad, el fundamento último de la libertad personal está en la base de la propia esencia de la *imputación* en general. Como lo expresa SILVA SÁNCHEZ, “(*i*)mputación significa, por un lado, efectivamente, atribución de un hecho al hombre y no a causas externas al mismo. En otras palabras, atribución a la libertad y no a la mera causalidad (...) La pregunta de la imputación sería, pues, la de si el proceso externo tiene algún sentido (sólo el actuar libre lo tiene). Pero en el último siglo el término ‘*imputación*’ se ha utilizado mucho más – precisamente en el marco de la dogmática de la imputación objetiva – para aludir a la pregunta sobre el contenido de sentido concreto que tiene aquello que previamente se ha imputado, al menos en cierta medida, a la libertad”, en FRISCH, Wolfgang / ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalorar e Imputar: Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 15 y 16 (en el prólogo).

sinalagma entre libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias sería imposible organizar al menos los contactos anónimos, lo que significa que no habría sociedad. Por ello, cada persona es garante de la inocuidad de su conducta”²⁶⁶.

Así pues, la libertad personal de autodeterminación parece constituir el fundamento último de la existencia de deberes de garantía. En su ámbito de organización personal, delimitado en función de competencias normativas, el organizador asume voluntariamente la responsabilidad de garantizar que determinados resultados no se produzcan, desde que tenga real dominio sobre las fuentes de riesgo. Como señala POLAINO-ORTS, “(l)a libertad de gestión personal faculta al sujeto para disponer bienes de su *ámbito de organización*, en ocasiones por encima del interés normativo o público. En esos casos, el acuerdo o consentimiento válido, excluirá *ex radice* cualquier incidencia lesiva en su propio ámbito de organización, pues el sujeto acepta el riesgo producido por él mismo (en casos de autolesión) o por un tercero, conforme al derecho de autodeterminación”²⁶⁷.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, a su vez, expresa la misma lógica en el ámbito específico de los deberes de garantía del sujeto que asume la función de administrador de una empresa, señalando que “(a) mi juicio, la exigencia expresa del

²⁶⁶ JAKOBS, Günther, “Teoría y Praxis de la Injerencia”, trad. de Manuel CANCIO MELIÁ, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, págs. 17-50, esp. 19 y 20.

²⁶⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal como Sistema de Autodeterminación Personal*, Ara Editores, Lima, 2012, pág. 86.

criterio de la aceptación de funciones de seguridad, como requisito independiente añadido al criterio del dominio, posee ante todo una clara virtualidad a la hora de dilucidar la responsabilidad omisiva en el seno de las organizaciones empresariales: poner el necesario énfasis en el dato de que los deberes de garantía tienen que fundamentarse en última instancia en el ejercicio de la libertad o de la autonomía personal, lo cual permite ofrecer sólidas pautas democráticas de legitimación para la justificación de los deberes de garantía, desde el momento en que éstos se asientan en el valor de la autonomía personal y en del valor igual de la autonomía de todas las personas”²⁶⁸.

Se trata de un referencial importante en la apreciación de la existencia o no de un deber *específico* de actuar. Como será abordado sobre todo en los próximos apartados, y en los capítulos VI, VII e VIII, *supra*, la asunción específica de funciones vinculadas a deberes de protección es lo que fundamenta la posición de garante –incluso la del empresario garante–, más allá de las simples fuentes formales (art. 11 del CP español), insuficientes para justificar una cláusula general de equiparación entre comisión y omisión.

**C) Doctrina alemana: proximidad social, dependencia,
dominio y organización**

²⁶⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 505.

**1) Proximidad social: estrecha relación vital,
comunidad de vivienda y proximidad al bien jurídico
o a la fuente de peligro**

Los primeros aportes dogmáticos radican en la idea de *proximidad social*. Aquí se sitúan las construcciones teóricas de VOGT y de ANDROULAKIS²⁶⁹: el primero mantiene un criterio de “relaciones de solidaridad” estrechas (matrimonio, familia, comunidad doméstica, profesión, relaciones económicas de confianza) que colocan a un sujeto en una situación especial frente a los demás, lo que fundamenta una particular posición de garantía; el segundo concibe, en sentido semejante, una situación *previa* (en sentido social y solidario) de unión del sujeto al bien jurídico²⁷⁰ o a una fuente de peligro.

El primer criterio se designa comúnmente por *estrecha relación vital*, el cual, como asevera GIMBERNAT ORDEIG, “(...) no sólo ha servido para extender el campo de aplicación de la comisión por omisión, sino, en ocasiones y excepcionalmente, también para restringirlo: si lo que fundamenta la posición de garante es la confianza

²⁶⁹ ANDROULAKIS, Nikolaos K., *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Beck, München, 1963, págs. 165 y 249 y sig.

²⁷⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., pág. 31.

derivada de una relación interpersonal, entonces aquélla puede desaparecer si ésta se encuentra deteriorada, incluso aunque desde un punto de vista jurídico-privado siga vigente la obligación de velar por el otro²⁷¹. Este aspecto aclara el criterio examinado su naturaleza *material*, y no formal, como en los criterios de la ley y del contrato.

El criterio de la *comunidad de vivienda* es semejante al de la estrecha relación vital, pero con la diferencia de que el fundamento de la posición de garante es la convivencia entre personas bajo el mismo techo. Dicho criterio puede utilizarse aisladamente, es decir, con independencia de que exista entre los convivientes una estrecha relación vital (sentido extensivo de la posición de garante)²⁷², o como criterio adicional que se añade al de la estrecha relación vital (sentido restrictivo de la posición de garante)²⁷³.

Por otra parte, el segundo criterio referido al inicio, de *proximidad al bien jurídico o a la fuente de peligro* (ANDROULAKIS), refleja una posición más técnica, de notoria influencia sobre múltiples juristas. Según la referencia de DOPICO GÓMEZ-ALLER, la omisión impropia ocurre, conforme al criterio de ANDROULAKIS,

²⁷¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, op. cit., págs. 6-112, esp. 36.

²⁷² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, op. cit., págs. 6-112, esp. 38.

²⁷³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, op. cit., págs. 6-112, esp. 39.

“(…) cuando el omitente estaba *previamente próximo* (‘schon vorher Daneben-sein’), ya a la fuente de peligro, ya al titular del bien jurídico en peligro”²⁷⁴. Este criterio puede conducir a la admisión de la injerencia *fortuita* como fuente del deber –específico– de garantía. En efecto, la idea de *proximidad social* como fundamento descriptivo de la posición de garante le obligaría al omitente que está próximo al bien jurídico o a la fuente de peligro a actuar para impedir el resultado, ya que dicha persona se encuentra en una posición diferente –y, por tanto, especial– frente a la posición de los demás sujetos²⁷⁵.

El alcance de todas las concepciones antes referidas, naturalmente, resulta muy limitado y además vago, considerando que la idea de proximidad social, en múltiples situaciones no es objetivamente mensurable, puesto que comporta demasiada amplitud. Por otra parte, el hecho de que un sujeto esté en una situación de proximidad al bien jurídico no significa automáticamente que tenga un deber *específico* de actuar. Tal y como lo expresa DOPICO GÓMEZ-ALLER, “(n)o es posible aplicar el criterio ‘proximidad social’ para determinar quién, de entre los implicados en un accidente sin ser culpables, está afectado por un deber de socorro específico. La relación de proximidad es relativa en varios sentidos, y para su concreción se

²⁷⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Omisión de socorro tras accidente fortuito: La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. LV, enero 2002, págs. 235-284, esp. 248.

²⁷⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Omisión de socorro tras accidente fortuito: La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas”, op. cit., págs. 235-284, esp. 249.

requiere en cada uno de ellos un referente material”²⁷⁶. Se identifica, por lo tanto, la insuficiencia del criterio de la proximidad.

2) Dependencia

Con posterioridad se ha desarrollado la noción de *dependencia* como origen y fundamento de los deberes de garantía. Al respecto, AMADEUS WOLFF mantenía que el sujeto *garante*, mediante una *libre y autónoma decisión*, se inserta en una *relación de dependencia originaria (libre relación de dependencia o Abhängigkeitsverhältnis)* que genera una expectativa de protección hacia el dependiente²⁷⁷. Ello significa, en otros términos, que el sujeto que se pone libremente en una situación en que otra persona dependa de él con respecto a un determinado interés, se convierte en garante de la indemnidad del dependiente.

²⁷⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Omisión de socorro tras accidente fortuito: La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas”, op. cit., págs. 235-284, esp. 250.

²⁷⁷ WOLFF, Ernst Amadeus, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Carl Winter – Universitätsverlag, Heidelberg, 1965, pág. 38: „Der Einzelne ist nicht festgelegt in dem, was er tut, sondern er entscheidet frei über den Fortgang des Geschehens. In einen Abhängigkeitsverhältnis bedeutet das folgendes: Bekommt der Abhängige das, was ihm zusteht, so ist der Grund dafür nicht die naturnotwendige Festlegung, sondern das, was ihm zusteht, dann geht es nicht nur um eine 'reale Disharmonie' der naturnotwendige Festlegungen, sondern hat seinen Grund in der freien Entscheidung des anderen. Der anderen ist Urheber der negativen Bedingung und wendet es dem Abhängigen zum Schlechten.“

Sin embargo, por el mero hecho de conducir a una relación de dependencia, la libertad de acción y la autonomía *no* pueden constituir motivo *suficiente* para la generación de un deber especial de garantía, so pena de que se admita un simple utilitarismo de la intervención penal. No parece adecuado, desde este punto de vista, entender que el sujeto, sólo porque se ha puesto libremente en un contexto en el cual una persona depende de él, tenga un deber especial de impedir la producción de un resultado típico. Así es que se revela pertinente la crítica de LASCURAÍN SÁNCHEZ, quien subraya con toda propiedad que, “(d)el mismo modo que la pena no queda sólo justificada por una utilidad – ¿penaríamos a las madres de los terroristas si ello se mostrara útil para prevenir el terrorismo? –, la limitación de la autonomía ajena que supone la asignación de un deber de garante no parece dejar compensada su inicial ilegitimidad –con origen en tal limitación– por el solo hecho de que redunde en beneficio de la autonomía ajena”²⁷⁸.

3) Dominio

Una expresiva progresión se hace a partir de las llamadas *teorías del dominio*, cuyas pioneras aportaciones se deben a RUDOLPHI, quien concibió ya en 1966, aunque de forma aún superficial, la noción de *dominio sobre la fuente del resultado*

²⁷⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., pág. 32.

como *principio general de imputación*. La teoría de RUDOLPHI se fundamenta esencialmente en una *función social de protección* vinculada al sujeto, en virtud de la cual éste se obliga a enfrentar una situación de peligro cuando por su posición de dominio le quepa la decisión fundamental sobre el destino del bien jurídico amenazado²⁷⁹, dándose la imputación toda vez que el garante, en actitud de renuncia a su incumbencia de conjurar el peligro, no contiene las fuerzas causales conducentes al resultado²⁸⁰. En suma, se trata de una posición de dominio de las fuerzas causales del resultado, en una situación de *injerencia*, como fundamento del deber de contención del peligro²⁸¹.

No obstante, la contribución dogmática decisiva en este ámbito se produjo en 1971 con BERND SCHÜNEMANN y su *teoría del dominio sobre el fundamento o la causa del resultado*²⁸². Esta concepción se basa en una situación de *dominio actual*

²⁷⁹ RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Die Gleichstellungsproblematik der Unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1966, págs. 99 y sig.

²⁸⁰ RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Die Gleichstellungsproblematik der Unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, op. cit., págs. 16 y sigs.

²⁸¹ Vid. también RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Zweiter Abschnitt. Die Tat (§§ 13 – 37). Grundlagen der Strafbarkeit (§§ 13 – 21)”, en RUDOLPHI, Hans-Joachim / HORN, Eckhard / SAMSON, Erich / SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, band I (Allgemeiner Teil - §§ 1 – 79b), Alfred Metzner Verlag GmbH, Frankfurt am Main, págs. 73 y 74.

²⁸² SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1971.

de la causalidad del resultado por parte del sujeto²⁸³, como lo expresa el propio autor alemán al señalar que, “(...) el resultado puede (...) imputarse a un omitente si este domina su causa esencial o el desamparo de la víctima”²⁸⁴.

Ello implica una *asunción de dominio sobre un ámbito de peligro*, esfera en la cual el sujeto está en posición de garante y por ende debe, en cuanto controla a la *causalidad*, evitar la producción de un resultado penalmente típico; este es, según SCHÜNEMANN, el fundamento adecuado para la equiparación de la omisión a la conducta comisiva descrita en el tipo penal²⁸⁵. La *causalidad del resultado* es, en verdad, el punto de referencia común, presente tanto en la comisión como en la omisión; ya el *dominio o control* que sobre esa base tenga el sujeto representa el *criterio de equivalencia normativa*.

²⁸³ Así, vid. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito”, en *Indret* 1/2011, pág. 10 (accesible en: <http://www.indret.com>): “La concepción de SCHÜNEMANN es por cierto una teoría sobre el dominio de la causalidad. Lo que quiere decir que concibe el derecho penal como protector de bienes jurídicos frente a comportamientos que causan lesiones conforme a leyes científicas. El principio causal fundamenta pues la imputación en todas las modalidades delictivas, con independencia del recorte normativo de que es susceptible la causalidad; cosas ambas demostradas por él de forma magistral respecto a la omisión impropia”.

²⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, trad. de la edición alemana (Gottinga, 1971) por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 288.

²⁸⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, op. cit., págs. 288 y sig.

Las críticas dirigidas a la sobredicha tesis fundada en el dominio radican básicamente en el mismo punto señalado con respecto a las teorías de la dependencia: de la posibilidad de evitar el resultado, basada en el dominio de su causalidad, no se puede simplemente concluir un *deber especial* de hacerlo²⁸⁶. Dicho de otro modo, de puras relaciones fácticas no pueden emerger deberes especiales de garantía.

Conviene advertir, sin embargo, que la concepción de SCHÜNEMANN no se fundaría sólo en un dominio fáctico, sino principalmente normativo, a través del cual se permite diferenciar la situación de la madre que no alimenta a su hijo menor, de la posición de una tercera persona que omite el deber de socorro a la misma víctima: aunque los dos tengan un dominio fáctico, la madre asume *con anterioridad* un *dominio normativo* que le asigna un deber especial de garantía²⁸⁷. Al respecto,

²⁸⁶ En este sentido, como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, “(l)a brillante construcción de SCHÜNEMANN no puede evitar la crítica esencial que merecen las teorías de la dependencia, que no son sino la otra cara de las teorías del dominio. Del simple poder no deriva sin más el deber”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., págs. 36 y 37.

²⁸⁷ Como lo explica CUELLO CONTRERAS, “(s)ituados pues ante la pregunta acerca de por qué responde por homicidio la madre que no alimenta a su hijo recién nacido y por mera omisión del deber de socorro el tercero que omite lo mismo, SCHÜNEMANN dirá que lo importante no es el dominio fáctico del resultado, actual en los dos casos, sino el dominio normativo adquirido con anterioridad por la madre y no por el tercero. De la misma forma que no todo lo que causa un sujeto se le imputa (exclusión de los cursos causales extravagantes de la imputación), sólo el dominio del resultado *exigido* se imputará, sería la respuesta de Schünemann a nuestra pregunta sobre la naturaleza axiológica de dominio de resultado”, en CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Dominio y

BACIGALUPO subraya que por la tesis discutida, “(...) no significa que el ‘principio de dominio’ pueda ser utilizado como un criterio puramente fáctico del que derive, sin más, la equivalencia de la omisión de impedir el resultado con su producción activa, como lo propone entre nosotros la opinión dominante. (...), en primer lugar porque la propuesta de este principio general de imputación se vincula con el rechazo expreso de la sustitución de la teoría del deber jurídico formal como fundamento de la equivalencia por puras relaciones fácticas”²⁸⁸.

En tal caso, la concepción referida anteriormente no ofrece un criterio adicional capaz de explicar la posición específica de garante del sujeto, reportándose para esa finalidad, en último análisis, a la teoría del deber formal. En cambio, los deberes de garante sí se sostienen bajo relaciones exclusivamente fácticas. Como lo expresa CUELLO CONTRERAS, “(l)a aportación de SCHÜNEMANN tiene el mérito indiscutible de haber definido muy bien lo que significa ‘haber sido puesto allí’ para imputar un resultado a quien lo domina. Su único problema estriba en que no proporciona un criterio adicional que caracterice al sujeto que ha de estar presente en la situación de dominio, explicando la imputación más allá de su mera presencia en la situación”²⁸⁹. En síntesis, a nuestro juicio, lo que tiene de novedoso en efecto la

deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito”, op. cit., pág. 11.

²⁸⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, op. cit., págs. 177-189, esp. 183.

²⁸⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito”, op. cit., pág. 11.

tesis de SCHÜNEMANN es que trata de relaciones exclusivamente fácticas (aunque desde una perspectiva singularmente ingeniosa), pero en cuanto al carácter normativo del dominio se reporta, sin más, a la teoría del deber jurídico formal.

En el marco de la criminalidad económico-empresarial, fundamentar una responsabilidad por omisión sobre bases puramente fácticas supondría, por ejemplo, imputarle un resultado de lesiones, a título de comisión por omisión, al técnico que visitase ocasionalmente una fábrica y que, habiendo verificado un defecto en una máquina, omitiera la toma de providencias a efectos de evitar la producción de daño a un operario. En este caso, no cabe duda de que al técnico le estaba posibilitada la decisión fundamental con pleno dominio de la situación de peligro, lo que conllevaría, según una concepción de dominio fáctico, la misma imputación destinada al director encargado de la seguridad de la fábrica²⁹⁰. Si bien la conducta omisiva del técnico visitante deba ser desvalorada, lo cierto es que no se la puede equiparar a la omisión del director *encargado* de las condiciones de seguridad de la fábrica. De ahí que el mero *dominio fáctico* de la situación de riesgo (rasgo común entre el director responsable y el técnico) no sea suficiente para fundar una posición

²⁹⁰ El ejemplo citado lo refiere BACIGALUPO, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, op. cit., págs. 177-189, esp. 182 y 183: “(e)l visitante ocasional de una factoría que tuviera conocimientos técnicos como para detener una máquina que amenaza con producir un daño a un operario y omite hacerlo sería garante y respondería en la misma forma que el especialmente encargado de custodiar la seguridad del funcionamiento de aquélla, toda vez que no se podría negar que teniendo la posibilidad de detener la máquina se encuentra en mejor posición que otro que no la tiene o respecto del cual la máquina ‘fácticamente’ no está dentro de un ámbito que pueda dominar”.

de garante, siendo necesario presuponer un deber formal de actuar. Y así es que se vuelve al inicial problema del fundamento de la posición de garantía.

Obviamente, las teorías del dominio representan un gran y significativo avance en la dogmática de los delitos de omisión impropia. Reflejo de ello es que diversas concepciones de la doctrina española se construyen en mayor o menor medida bajo la idea de *dominio sobre una fuente de peligro*, de lo que se deduce que la influencia es clara y decisiva²⁹¹.

Se debe también a SCHÜNEMANN una propuesta específicamente en la esfera de los delitos cometidos *en el seno de la empresa*, de sustitución de la fórmula de la *causalidad hipotética* por la de *incremento del riesgo*, en virtud de la cual se puede responsabilizar al empresario siempre que haya omitido la adopción de medidas de protección que hubieran dificultado la producción del resultado²⁹².

²⁹¹ Así, por ejemplo, como señala MIR PUIG, “(q)uien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro (instalaciones, animales, máquinas) para bienes jurídicos, es el responsable de que tal peligro no se realice. En este sentido se encuentra en posición de garante, pues le corresponde el control de que depende la indemnidad de los bienes jurídicos”, en MIR PUIG, Santiago, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., 2004, pág. 326. En el mismo sentido, puede referirse GRACIA MARTÍN y su teoría del *dominio social*, en GRACIA MARTÍN, Luis, “La comisión por omisión en el Derecho Penal español”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La comisión por omisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 57 a 104.

²⁹² SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, op. cit., págs. 529-558., ID. SCHÜNEMANN, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, op. cit., págs. 288 y sig.

4) Competencia de organización

Por último, cabe referirse a la concepción debida a GÜNTHER JAKOBS, esto es, la teoría de la responsabilidad por *competencia de organización*. El autor funcionalista alemán distingue entre: (i) *deberes de garante en virtud de responsabilidad por organización*, en que, paralelamente a los delitos de dominio por comisión, la responsabilidad del sujeto omitente se conforma en torno a un *ámbito de organización*; (ii) y *deberes de garante en virtud de responsabilidad institucional*, en que, paralelamente a los delitos de infracción de deber por comisión, la responsabilidad del omitente emerge de los deberes que tenga de llevar a cabo determinada prestación social sobre otro²⁹³. Conforme destaca JAKOBS, la fuente jurídica formal del deber es secundaria en esta clasificación, ya que “(...) la ley no crea *ex nihilo* la posición de garante, sino que a lo sumo puede aclarar los límites de la responsabilidad por la organización o de una institución”²⁹⁴.

En el campo de la *responsabilidad por organización* se insertan los *deberes de relación* y los *deberes de injerencia* (actuar precedente). Ambos deberes se refieren básicamente al *aseguramiento* de una fuente de peligro, lo que significa decir que el garante ha de preocuparse de que su *ámbito de organización* no produzca efectos

²⁹³ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 970 y sigs.

²⁹⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 971.

externos lesivos. El fundamento de los deberes radicaría así en la *incumbencia del organizador por la organización interna, con independencia* del ámbito de organización de las personas amenazadas en sus bienes; se trata, por lo tanto, de una responsabilidad *no compartida* del organizador. Como lo expresa JAKOBS, “(...) el deber, a causa de la responsabilidad no compartida del titular del ámbito de organización es independiente del comportamiento del que está amenazado por el peligro; en particular, el deber no se anula porque la futura víctima se comporte a su vez imputablemente de modo tendiente al daño”²⁹⁵. Y el mismo autor en comentario, ofrece el ejemplo del empresario obligado a detener las actividades de sus obreros que se encuentran derribando un muro, aunque las personas en peligro no hayan respetado el cercamiento reglamentario²⁹⁶.

Los referidos *deberes de aseguramiento de una fuente de peligro* como *incumbencia del organizador* suponen que la injerencia (actuar precedente) esté absorbida por los *deberes de relación*. A juicio de JAKOBS, “(...) el comportamiento precedente es un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al aseguramiento al titular del ámbito de organización que se ha convertido en peligroso”²⁹⁷. Significa decir que son los deberes de relación que tiene el sujeto con

²⁹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 973.

²⁹⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 973 y 974.

²⁹⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 974.

su ámbito de organización que lo hacen responsable por los peligros que de allí deriven, incluso aquellos originarios de la injerencia, que nada más representa un acto organizativo. La organización es un actuar precedente que genera peligros de cuyo aseguramiento tiene que cuidar el organizador.

Sin embargo, más allá de los deberes de aseguramiento originarios de la injerencia²⁹⁸ (comportamiento propio del organizador), hay también que considerar los deberes de aseguramiento en virtud de un *comportamiento peligroso –incluso el delictivo– de otras personas*, al cual el ámbito de organización propio del garante puede estar vinculado de cuatro formas distintas: *a)* acciones peligrosas propias (participación del organizador en el comportamiento de la otra persona); *b)* cosas o situaciones peligrosas (objetos cuya libre disponibilidad por otras personas ya no queda en el marco del riesgo permitido); *c)* poder sobre la otra persona; *d)* y repercusión del comportamiento del otro sobre el ámbito de organización propio²⁹⁹.

Además, en lo que se refiere a la *responsabilidad por asunción* (“disposición expresa o declarada concluyentemente, hacia el aseguramiento o la salvación” que “constituye el motivo de que se conduzcan bienes ajenos a un estado en el que el aseguramiento o la salvación son necesarios, o ya no se pueden garantizar de otro

²⁹⁸ Vid. también JAKOBS, Günther, “Teoría y Praxis de la Injerencia”, op. cit., págs. 17-50, esp. 17 a 22.

²⁹⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 976.

modo”³⁰⁰), sostiene JAKOBS que el motivo en este particular es el mismo que en la injerencia: “El autor debe responder por las consecuencias de cómo configura su propio ámbito de organización, aquí: por el comportamiento de asunción”³⁰¹.

En síntesis, conforme a la teoría discutida, el *modo de configuración del ámbito organizativo*, sea por injerencia (actuar precedente peligroso), sea en relación con el comportamiento de terceras personas o por asunción de un estado, conforma hacia el titular de dicho ámbito un *deber de aseguramiento* con respecto a los peligros que la organización supone. Obviamente el deber de aseguramiento se ejerce con respecto a los *riesgos prohibidos*, ya que los riesgos permitidos propios de la organización no pueden exigir la actuación concreta del deber de evitar el resultado (como asimismo no generan responsabilidad en el marco de los delitos comisivos)³⁰². Debe destacarse, en este particular, que la injerencia en el marco del

³⁰⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 987.

³⁰¹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 988.

³⁰² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 960: “La situación que un autor puede llevar a cabo actuando de modo permitido tampoco tiene que evitarla (...). En relación con el ámbito de la posición de garante en virtud de responsabilidad por organización, de aquí se deduce que una organización arriesgada de modo permitido nunca da lugar a una posición de garante de que se repliegue esta organización. La afirmación que a menudo se encuentra para describir el límite de la posición de garante en el sentido de que no hay deber alguno de un organizador de excluir riesgos ubicuos, se puede, pues, formular como descripción de un riesgo permitido. Sin embargo, el comportamiento arriesgado de modo permitido (o justificado) puede dar lugar a deberes si amenaza realizarse el riesgo, pero sólo desde luego para el caso de que – aun cuando permitido – se haya buscado un riesgo *especial*”.

riesgo permitido genera la posición de garantía, pero la exigencia de intervención concreta, en cumplimiento al deber especial de actuar, sólo sucede si hay una transformación del riesgo permitido en riesgo prohibido, caso en que el garante responde por el resultado no evitado.

Por otra parte, JAKOBS se refiere a las relaciones paterno-filial, el matrimonio y los vínculos de confianza en el marco de los *deberes de garante en virtud de responsabilidad institucional*, que “(...) protegen a la vez –como los delitos de infracción de deber– relaciones a las que cabe denominar instituciones: la libertad de organización y la responsabilidad por sus consecuencias”³⁰³, englobando la “conexión de ámbitos vitales, de un modo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir, de altruismo, aun cuando no necesariamente desinteresado”³⁰⁴.

Se hace necesario advertir que la concepción de JAKOBS prescinde de cualquier aspecto subjetivo –relacionado con la *posibilidad de conocimiento* por parte del garante– como fundamento para la imputación *objetiva* a título de comisión por omisión. Basta con la existencia del ámbito de organización y la capacidad del garante de evitar el resultado mediante una acción salvadora (aseguramiento). La valoración del contenido subjetivo, o de la cognoscibilidad del peligro o del

³⁰³ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 994.

³⁰⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 995.

resultado, está reservada a un momento posterior, una vez ya establecida la imputación objetiva del riesgo prohibido en torno a la causalidad hipotética del comportamiento omisivo³⁰⁵.

D) Doctrina española

La doctrina española, aunque influenciada decisivamente por la dogmática alemana, ha concebido sus teorías propias con base principal en las peculiaridades de su tradición y en la evolución jurisprudencial. Cabe referirse a las contribuciones que nos parecen más significativas.

1) Proximidad al bien jurídico y a la fuente de peligro

³⁰⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 956 y 957: “(s)e trata sólo de que el autor podría haber llevado a cabo la acción salvadora con sólo querer realizarla – sea por los motivos que sea. (...) Dado que estas imputaciones objetivamente fundamentadas tienen que ser todas corregidas con la perspectiva subjetiva, puede renunciarse a ellas sin menoscabo alguno. Cierta definición de la capacidad de acción quebranta la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo, y según ella hay que atender – en caso de conocimiento de que amenaza producirse el resultado o sin este conocimiento – a la posibilidad, individualmente dada, de realizar la acción salvadora; este concepto designa, con arreglo a la terminología que aquí se propugna, la capacidad concreta de acción”. En el mismo sentido es la teoría de FRISCH, en FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 85 y sig.

y organización

En su monografía publicada en 1970, ENRIQUE BACIGALUPO expresaba las siguientes conclusiones destacables acerca del problema de la comisión por omisión: (i) determinación de la posición de garante por (a) la aparición del sujeto “‘puesto’ como defensor de uno o varios bienes jurídicos contra todo ataque que puedan sufrir” y (b) el “encausamiento y la custodia del peligro que emane de una fuente determinada con relación a todo bien jurídico que pueda resultar afectado por ella”; (ii) la “capacidad final de evitar el resultado (capacidad física real y conocimiento de la situación típica, más cognoscibilidad de los medios para cumplir el mandato)” como “presupuesto de la posición de garante” y “límite de la exigencia de actuar”; (iii) el condicionamiento de la existencia del deber de garantía al “conocimiento de los presupuestos de él”³⁰⁶. Así, *protección de bienes jurídicos, custodia de una fuente de peligro, capacidad de evitación y conocimiento de los presupuestos del deber* formaban, en aquel entonces, las categorías objetivas y subjetivas básicas del pensamiento del autor con respecto a la omisión impropia.

En obra más reciente, BACIGALUPO se refiere la posición de garante, desde un punto de vista objetivo, en torno a la noción de proximidad o *cercanía* al bien jurídico afectado y a las categorías teóricas (debidas a JAKOBS) de *organización* e

³⁰⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pág. 172.

institución. Al respecto, tras destacar la *especial cercanía* entre el omitente y el bien jurídico, explica el autor español que “(l)a caracterización de esta cercanía se manifiesta cuando el omitente tiene deberes que le imponen cuidar de los peligros que se derivan de su propia organización respecto de los bienes jurídicos que el derecho protege, o bien, cuando esos deberes le son impuestos por la posición que ocupa dentro de un marco institucional determinado”³⁰⁷.

2) Identidad estructural entre acción y omisión

SILVA SÁNCHEZ, a su vez, sostiene una *identidad estructural en el plano normativo* entre comisión y omisión, de modo que el *compromiso* del garante de *actuar como barrera de protección* alcance no todos los peligros ni cualesquiera bienes jurídicos amenazados, sino *riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos*³⁰⁸. Esta es la única forma, a juicio del autor, de que se

³⁰⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998, pág. 405. Ya en otro estudio, citando a JAKOBS, BACIGALUPO expresa así la estrecha implicación entre los dos contenidos clásicamente referidos a la posición de garante (protección de bienes y vigilancia del peligro): “(l)a protección de una persona es vigilancia, en su favor, respecto de los peligros que la amenazan, así como la vigilancia de una fuente de peligros es protección de los respectivos bienes amenazados por estos peligros”, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, op. cit., págs. 177-189, esp. 182.

³⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 307.

establezca una equivalencia total (correspondencia perfecta o identidad estructural) entre la omisión y la realización típica normativa³⁰⁹.

Según dicha concepción, el compromiso especial que el sujeto asume con respecto a riesgos concretos contra bienes específicos produce un “efecto de confianza y ‘abandono’, tanto en los potenciales afectados como en terceros potenciales intervinientes”. En palabras del propio jurista, “(l)a comisión por omisión es una situación compleja: es comisión y es omisión. Se distingue de la comisión activa porque en ella no hay una creación activa (por vía causal eficiente) de riesgo. A la vez, se distingue de la omisión pura porque en ella, de modo previo, se adquiere voluntariamente un *compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos*. Dicho compromiso produce un efecto de confianza y ‘abandono’, tanto en los potenciales afectados como en terceros potenciales intervinientes. De este modo, si luego se incumple el compromiso de contención dejando que el riesgo se haga actual y se realice el resultado, se tiene un *dominio de dicho riesgo*, un control del proceso

³⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, op. cit., págs. 307 y 308: “(l)a realización por omisión de los tipos de la Parte Especial tradicional y equívocamente denominados causales o comisivos implica la necesidad de lograr una equivalencia total, correspondencia perfecta – identidad estructural – entre aquella y la realización típica activa. Ello exige, sin duda, proceder a una exacta concreción y delimitación de las posiciones de garante. De este modo, las posiciones de garantía por función de protección de un bien jurídico no abarcan la defensa del mismo contra todos los peligros y en cualesquiera circunstancias. Otro tanto sucede con la posición de garantía por control de una fuente de peligro; también aquí la intervención del garante debe referirse a concretos peligros y no a todos los que, de una u otra forma, deriven de aquella fuente”.

lesivo que es normativamente idéntico al de la comisión activa, pese a no haber en la conducta del sujeto causalidad en relación con el resultado (*identidad estructural y material en el plano normativo*)³¹⁰.

Bajo el mismo orden de ideas, se trata de la *específica naturaleza de la relación del garante con el bien jurídico específico o con la fuente de peligro concreto*, como criterio decisivo de delimitación del comportamiento omisivo en cuanto equiparado a la comisión³¹¹. El específico compromiso del sujeto y su particular efecto (de confianza y abandono) es, por tanto, lo que distingue la comisión por omisión de la omisión pura (ésta no equiparable a la realización activa del tipo penal) y lo que supone su identidad estructural con relación a la conducta activa descrita en el tipo penal.

En la estimable construcción teórica de SILVA SÁNCHEZ cabe destacar su preocupación esencial con la *identidad normativa* respecto de la distinta gravedad entre comisión y omisión, como criterio limitador del alcance de los deberes de *protección de bienes jurídicos* y de *contención de fuentes de peligro*. En efecto, una incumbencia amplia del sujeto con respecto a bienes jurídicos y fuentes de peligro conllevaría un ámbito de deberes de actuar de muy distinta entidad, en muchos casos

³¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Comisión y ‘Omisión’. Criterios de Distinción”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (Dir.), *La comisión por omisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 13 a 54, esp. 14.

³¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, op. cit., pág. 308: “La *específica naturaleza* de la relación del garante con el bien jurídico o con la fuente de peligro se muestra, pues, decisiva a la hora de efectuar tal delimitación”.

sin aptitud de equivalencia con la conducta activa descrita en el tipo penal por cuyo resultado el omitente habrá de responder. Se estima, por lo tanto, un *control* de la *imputación objetiva* del resultado en torno a la referencia de *identidad estructural*.

3) Dominio social

Seguidamente, ahora con base en el criterio de *dominio*, vale referirse a la concepción de GRACIA MARTÍN acerca de un *dominio social* como fundamento de la imputación a título de omisión impropia. El autor concibe una *posición funcional* del sujeto que caracteriza un *dominio sobre el ámbito de protección* de la norma, con respecto a *preexistentes y determinadas situaciones de peligro*. Ello excluye del tipo de la comisión por omisión –a juicio de GRACIA MARTÍN– situaciones de peligro de posible previsión en el futuro, es decir, *no existentes en el momento en que el sujeto asume la función*, ya que en lo que se refiere a dichas situaciones no se puede afirmar que haya un *dominio social* sobre el bien jurídico (y la correlativa situación de dependencia entre el bien y el sujeto), lo que según indica el autor, “(...) impide la constitución del dominio social *típico*, específico del tipo de comisión por omisión y, por tanto, que el sujeto pueda *decidir* sobre la producción del resultado”³¹².

³¹² GRACIA MARTÍN, Luis, “La comisión por omisión en el Derecho Penal español”, op. cit., págs. 57 a 104, esp. 88 y 89.

A la anterior concepción de SILVA SÁNCHEZ acerca de los riesgos concretos a bienes jurídicos determinados, GRACIA MARTÍN añade el criterio limitador de la *existencia de la situación de peligro ya desde el momento de la asunción del dominio personal* por el sujeto, excluyendo del dominio social y asimismo del ámbito normativo de la omisión impropia una situación de peligro que se instale con posterioridad, lo que significa que, si se produce un resultado típico en consecuencia de ese ulterior peligro, el sujeto no responderá por él a título de comisión por omisión³¹³. Entre tanto, todo esto no impide que “cuando sobrevenga realmente el peligro” el sujeto “realice el acto de asunción personal del dominio de la situación *específica* del tipo de comisión por omisión”³¹⁴, lo que le hará responsable si el peligro se concretiza.

4) Desestabilización de un foco de peligro preexistente

³¹³ GRACIA MARTÍN, Luis, “La comisión por omisión en el Derecho Penal español”, op. cit., págs. 57 a 104, esp. 89: “(e)sto no quiere decir, desde luego, que el sujeto que ocupa una posición de garante sólo genérica no pueda ser autor del tipo de comisión por omisión. No podrá serlo mientras permanezca sólo en esa posición de garantía genérica, pero ello no impide que cuando sobrevenga realmente el peligro realice el acto de asunción personal del dominio de la situación *específica* del tipo de comisión por omisión, lo que se explica porque, como ya dije siguiendo a MIR PUIG, aquélla se establece en referencia absolutamente concreta a la situación determinada”.

³¹⁴ GRACIA MARTÍN, Luis, “La comisión por omisión en el Derecho Penal español”, op. cit., pág. 89.

Con GIMBERNAT ORDEIG se introduce la ingeniosa idea de *desestabilización de un foco de peligro preexistente*³¹⁵. La cuestión principal que se plantea en los delitos de comisión por omisión, conforme a esa teoría, es si la *inactividad* del sujeto, que se refleja en la ausencia de una medida de precaución preceptiva, ha sido capaz de *transformar normativamente un foco de peligro permitido en prohibido*, y “si *consta* igualmente que ese foco de peligro (ilícito ya) ha *causado materialmente* el resultado”³¹⁶. En ese caso se sustituye la noción de causalidad hipotética de la omisión –considerando la acción esperada– por la idea de la relevancia de la omisión como fuente de *desestabilización* del foco de peligro, lo que equivale a convertirlo de permitido en prohibido. Así pues, la causalidad se establece entre el *foco de peligro desestabilizado (ilícito)* y el resultado penalmente típico³¹⁷.

³¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (Dir.), *La comisión por omisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 159-219, esp. 231 y 214.

³¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, op. cit., págs. 159-219, esp. 214: “(l)a reducción de la posición de garante fundamentadora de una comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de una fuente de peligro trae consigo que, en contra también de la doctrina dominante, la imputación del resultado al omitente no se haga depender ya del recurso a procesos causales hipotéticos, por definición y porque no han sucedido en realidad, imposibles de determinar: la pregunta a formular no es ya si la acción omitida *hubiera* (con mayor o menor probabilidad) evitado el resultado, sino si *consta* que una inactividad –al no haberse aplicado una medida de precaución preceptiva– ha *transformado* (normativamente) un foco de peligro permitido en prohibido, y si *consta* igualmente que ese foco de peligro (ilícito ya) ha *causado materialmente* el resultado”.

³¹⁷ También en el ámbito de la empresa GIMBERNAT ha desarrollado el mismo criterio, al señalar que “(...) se deduce, en relación con la responsabilidad en comisión por omisión en del

En este sentido, GIMBERNAT rechaza el criterio doctrinal de la *probabilidad rayana a la seguridad*, que suele referirse en relación con los delitos de comisión por omisión. El foco de peligro desestabilizado –y, por lo tanto, prohibido– ha de tener *segura causalidad* en su vinculación con el resultado o, dicho de otro modo, ha de *haber producido con toda seguridad* dicho resultado típico. No basta, por consiguiente, que la acción esperada del sujeto *con probabilidad* hubiera evitado el riesgo ni tampoco que la misma hubiera *disminuido el riesgo* de producción del

Derecho penal de empresa, lo siguiente: a) El dueño del negocio sólo tiene que vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa, a fin de impedir, en lo posible, que puedan resultar de ellos lesiones de bienes jurídicos; b) De ahí se sigue que ni los garantes primarios, ni, en su caso, los secundarios, responden por la no evitación de cualquier clase de delitos cometidos por terceros: las cuestiones decisivas no residen en si el delito no impedido es un hecho de grupo o uno cometido con extralimitación, si el responsable inmediato es una persona perteneciente o ajena al establecimiento, ni tampoco en si el autor ha actuado u omitido en interés o en perjuicio de la empresa. Lo único que importa para hacer responder al director de la empresa por una omisión impropia es *si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido* – e independientemente de si se cometió en interés o en perjuicio de la empresa – *consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado al establecimiento, provocando ese foco, posteriormente, menoscabos de bienes jurídicos* (...) c) Si se está encargado del control del riesgo de un foco de peligro preexistente, entonces el deber del garante consiste en vigilarlo *no sólo al principio*, sino durante todo el tiempo en que esté bajo su supervisión. Por ejemplo: el cirujano que interviene en una operación de, en principio, relativamente bajo riesgo tiene que proteger el foco de peligro ‘paciente’ contra cualquier complicación inesperada, de tal manera que también se encuentra obligado (...) a *evitar el comportamiento imprudente que está a punto de cometer una enfermera durante la operación*”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIV, 2001, IV, págs. 5-26, esp. 18-20.

resultado³¹⁸. Sin la certeza de que la adopción de las medidas de precaución (acción esperada) habría evitado el resultado, no se puede establecer una vía segura de equivalencia entre omisión y acción típica, puesto que en ésta sí se exige la absoluta seguridad causal. Como lo expresa el propio autor, “(...) si el criterio más estricto de la doctrina dominante de la probabilidad rayana en la seguridad no consigue superar la objeción de que esa omisión no puede equivaler a una acción –porque en ésta se exige la *absoluta seguridad causal*, no bastando la creación de un mero riesgo para el bien jurídico, si no consta que ese peligro ha desembocado en una lesión–, con mayor motivo habrá que negar la equiparabilidad con un delito de acción en la omisión de aquellas acciones que únicamente hubieran disminuido el riesgo de producción del resultado, esto es: que *no siquiera* llegaran a alcanzar el nivel de que lo hubieran impedido con una altísima probabilidad”³¹⁹.

³¹⁸ El criterio del incremento del riesgo es el sugerido por SCHÜNEMANN para la criminalidad empresarial. Vid. SCHÜNEMANN, Bernd, “Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos”, op. cit., págs. 35-38.

³¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, op. cit., págs. 159-219, esp. 216. Con base en esta noción cabe rechazar la propuesta de SCHÜNEMANN –la cual se comentará oportunamente– de una disciplina legal, *específica para el delito de omisión impropia practicado en el seno de la empresa*, fundada en el *principio del incremento del riesgo*. Se trata de la proposición de un dispositivo en los siguientes términos: “(s)i el resultado se produce mediante una conducta ajustada a las instrucciones dictadas en el seno de la empresa o a través de un procedimiento peligroso de la esfera del patrimonio de la misma, se aplicará también el § 13.1 StGB a los sujetos que en la jerarquía empresarial estuviesen autorizados para dictar las mencionadas instrucciones, siempre que, de haber llevado a cabo éstos los debidos mecanismos de control, se hubiera dificultado considerablemente el hecho delictivo”, en SCHÜNEMANN, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, op. cit., págs. 288 y sig.

Con arreglo a la posición teórica de GIMBERNAT, cumple además señalar que la desestabilización de un foco de peligro supone que éste sea ya existente, rechazándose así la comisión por omisión en la hipótesis de “(...) amenaza repentina para el bien jurídico no reconducible a un foco de peligro preexistente (la mujer sufre de improviso un infarto o va a ser asesinada, y el marido no interviene)”³²⁰, en que el resultado no se debe a la desestabilización, sino a un foco posterior de peligro. En este caso el omitente sólo respondería por un delito de omisión propia (omisión del deber de socorro). En palabras del mismo jurista, “(m)ientras que para la doctrina dominante ‘garante’ y, consiguientemente, persona a la que le es imputable el resultado sobrevenido como si lo hubiera causado mediante una acción, lo es quien está obligado *extrajurídico-penalmente* a velar por la integridad de un interés penalmente protegido, independientemente de que éste sea lesionado como consecuencia de la desestabilización de un foco de peligro o de una amenaza repentina para el bien jurídico no reconducible a un foco de peligro preexistente (la mujer sufre de improviso un infarto o va a ser asesinada, y el marido no interviene), en mi opinión sólo en el primer caso estamos ante una omisión impropia, mientras que en el segundo el omitente sólo responderá, en su caso, de una *omisión propia* de los arts. 489 ter o 338 bis”³²¹.

³²⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, op. cit., págs. 159-219, esp. 213 y 214.

³²¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, op. cit., págs. 159-219, esp. 214.

La tesis referida se aplica tanto a los delitos imprudentes como a los dolosos, siendo que “(...) únicamente existe una comisión por omisión dolosa cuando el encargado de vigilar un foco de peligro preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza intencionalmente condicionando dicho foco con toda seguridad el resultado típico”³²².

E) Toma de posición: previsibilidad y asunción específica del riesgo

Cabe señalar antes de todo que la imputación del resultado en el ámbito de la comisión por omisión no puede dissociarse de los parámetros normativos generales de la *imputación objetiva*. Como ya se ha puesto de relieve, la imputación a título de omisión impropia, en lo atinente a los deberes de garante, no se hace con dependencia de criterios subjetivos –el conocimiento del peligro en particular–, sino exclusivamente objetivos, lo que no supone ningún menoscabo garantista,

³²² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, op. cit., págs. 159-219, esp. 217 y 218: “De acuerdo con ello y por ejemplo, responderá a título de *dolo*, por los eventuales resultados de muerte, lesiones o daños producidos, el guarda de paso a nivel que, *para provocar el accidente*, no baja las barreras antes del paso del tren, y a título de *dolo* también el anestesista que, *con intención* de causar la muerte del paciente, permanece impasible sin hacer nada para ayudarlo, cuando advierte en la pantalla del monitor que están surgiendo complicaciones; en todos estos supuestos la ausencia de una medida de precaución preceptiva ha transformado, en estos casos dolosamente, un foco de peligro de permitido en prohibido, siendo éste el causante, *con toda seguridad*, del resultado típico”.

considerando que siempre habrá, en el análisis de la responsabilidad penal, una ulterior valoración de la subjetividad del agente³²³.

La noción de *riesgo prohibido o desaprobado* –así como sus límites normativos con respecto al *riesgo permitido*–, en el contexto normativo referido, se halla en el núcleo de la valoración propia de este proceso de depuración objetiva de responsabilidad que es en lo que consiste, en primer análisis, la imputación.

En este sentido, y considerando que la cuestión fundamental planteada en la materia que nos ocupa es la *equivalencia* de la conducta omisiva con la acción

³²³ Así, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 956 y 957; y FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., pág. 85. En España, vid. ROBLES PLANAS, Ricardo, “Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Especies de riesgo permitido en la intervención en el delito”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 50 y 51: “(...) el punto de partida que me parece más plausible es el adoptado por JAKOBS y FRISCH. Como se dijo, estos autores no intentan delimitar el riesgo permitido sobre la base del conocimiento que el sujeto tenga del comportamiento futuro del autor, sino sobre la base del sentido de la propia conducta de favorecimiento (...), el conocimiento de determinadas circunstancias (y entre ellas el conocimiento de las intenciones futuras del autor) puede ser un dato sin relevancia normativa. Son, pues, criterios normativos los que deben decidir acerca de la relevancia de todas las circunstancias del hecho”. *Contra*: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 506: “(...) en el caso de la injerencia la asignación del deber de garantía dependerá de dos elementos, que versan respectivamente sobre el *nacimiento* y sobre el *contenido* del deber: así, de un lado, el elemento fundamental para la *generación* del deber de garantía será el de la conciencia del peligro; de otro lado, empero, para determinar el *contenido* del deber de garantía el elemento fundamental radicará en el significado del riesgo que emana de la posición de garantía, esto es, estará en función de la licitud del curso de riesgo desencadenado por el agente (...)”.

descrita en el tipo penal. La referencia inicial que ha de tenerse en cuenta a efectos de imputación del resultado consiste en los límites normativos entre *riesgo prohibido* y *riesgo permitido*, con independencia de cualquier componente subjetivo asociable a la conducta del omitente.

Como bien lo expresa FRISCH, “el *peligro desaprobado* es el requisito central del comportamiento prohibido”³²⁴, tanto en los delitos de comisión como en los de omisión. Particularmente, lo que importa para saber si la omisión del sujeto se equipara a la acción típica, a efectos de imputársele al omitente el resultado como si lo hubiera realizado activamente, es la *prohibición o desaprobación* del riesgo o peligro por cuya contención el sujeto es responsable.

Por esta razón, los *deberes de garantía* alcanzan tan sólo las *fuentes de peligro normativamente desaprobadas*, no habiendo “deber de actuar” mientras la situación concreta no exceda los márgenes del riesgo permitido. Con ello se establece desde luego que, si se produce un resultado típico en consecuencia de la concretización de un riesgo permitido, no hay posibilidad de imputárselo al omitente, precisamente porque en esa hipótesis no existe deber de garantía; lo mismo, a propósito, sucede en los delitos comisivos, a diferencia de que aquí es la acción del sujeto, inserta en un contexto de riesgo permitido, que se hace *causal* del resultado.

Ya se ha dicho que los delitos de omisión suponen la violación de *deberes positivos* preceptivamente establecidos por normas jurídicas generales o especiales y

³²⁴ FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., pág. 85.

que, con relación a la omisión impropia, se trata de valorar cuándo dicha violación puede equipararse a la acción, en el caso de que se produzca un resultado típico. La existencia de deberes positivos, del mismo modo que sucede con los deberes negativos, se funda en la *libertad de acción*.

Si un sujeto conduce su automóvil a alta velocidad (libertad de acción) tiene el correlato deber, como dice JAKOBS, de “ocuparse de que su organización no resulte dañosa para otros”³²⁵. Y no puede ni siquiera argüir que es tarea del peatón cuidar de su propia seguridad, o la de la policía, de modo que la conducción temeraria resulte inocua; si así fuera, al peatón o a la policía, y no al conductor, le incumbiría “organizar la conducción”, lo que significaría en la práctica negar la libertad de conducir³²⁶.

En el sentido planteado, la *libertad de acción*³²⁷ del sujeto debe conducirlo a situarse en los límites del riesgo permitido, pero si éste se *convierte* en riesgo desaprobado emerge un *deber de contención*, que una vez incumplido y con la superveniencia de un resultado típico, hace al omitente responsable a título de

³²⁵ JAKOBS, Günther, “La omisión: estado de la cuestión”, traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en ROXIN, Claus / JAKOBS, Günther / SCHÜNEMANN, Bernd / FRISCH, Wolfgang / KÖHLER, Michael, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universität Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 131 a 153, esp. 132.

³²⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal como Sistema de Autodeterminación Personal*, Ara Editores, Lima, 2012, pág. 86.

³²⁷ JAKOBS, Günther, “Teoría y Praxis de la Injerencia”, op. cit., págs. 17-50, esp. 19 y 20. /

comisión por omisión³²⁸. Exactamente porque supone restricciones a la libertad de acción es que solamente el riesgo desaprobado puede representar interés para el Derecho Penal. Al respecto, como señala FRISCH, “(n)o bastan cualesquiera riesgos, pues como en un mundo plagado de infinidad de riesgos, prácticamente todo comportamiento comporta algún riesgo, una prohibición de conducta que incidiera sobre todo riesgo conduciría a coartar absolutamente la libertad de acción. Ello es evidente en aquellos tipos que protegen determinados bienes jurídicos sin limitación frente a los más dispares tipos de peligro”³²⁹.

De hecho, el deber de garante surge cuando la *libertad de acción o de organización del sujeto lo conduce a una situación de riesgo desaprobado (o prohibido)* –sea o no creada por el propio individuo– hipótesis (presupuesta) en que está obligado a actuar como barrera de contención del peligro. Así, sólo por (i) el surgimiento originario del riesgo desaprobado o (ii) por la conversión de un riesgo permitido en desaprobado puede conformarse el *presupuesto* de la imputación por omisión impropia, completada por la superveniencia de un resultado.

Por otro lado, mientras la libertad de acción del sujeto lo sitúe dentro de los márgenes del riesgo permitido, sólo podrá haber, como mucho, la violación de un deber genérico fundado en la solidaridad, es decir, *omisión propia*, en el caso de que sobrevenga una *repentina* situación de peligro desaprobado. En relación a esta

³²⁸ JAKOBS, Günther, “Teoría y Praxis de la Injerencia”, op. cit., págs. 17-50, esp. 19 y 20.

³²⁹ FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 86 y 87.

hipótesis, aunque se concretice un resultado, éste habrá acaecido *justo después* del surgimiento del riesgo desaprobado, sin condiciones, por tanto, de previa *asunción específica*, sino sólo general y posterior, de dicho peligro por el sujeto.

Este cuadro suscita dos órdenes de consideraciones: (i) situación de riesgo desaprobado (conversión del riesgo permitido en prohibido) creada por conducta del propio sujeto (lo que se puede expresar como *asunción específica* por *injerencia* en cuanto al riesgo permitido que se ha tornado prohibido); (ii) situación de riesgo desaprobado (conversión del riesgo permitido en prohibido) creada por fuerzas ajenas (comportamiento de terceros o fenómeno natural).

Si el responsable por la creación del riesgo desaprobado es directamente el propio sujeto, por supuesto estará presente el deber de garante de que no se produzca el resultado típico. Sí, por ejemplo, un sujeto opera una determinada máquina más allá de los patrones normativamente tolerados (utilización ilícita), tiene el deber de evitar que el riesgo prohibido que su conducta ha generado sea causa de un resultado penalmente típico. Aquí el sujeto desplaza *directamente* su libertad de organización hacia los ámbitos del riesgo desaprobado. Esta cuestión no suscita mayores complicaciones.

Por otra parte, existe la situación de riesgo desaprobado generada por fuerzas ajenas, pero a la que *previsiblemente* conduce la libertad de organización del sujeto. En esta hipótesis, la injerencia del sujeto y el dominio que tenga sobre la situación de riesgo permitido configuran el deber de garantía si hay *previsibilidad* de la

conversión de dicho riesgo en prohibido. En tal caso, la previsibilidad significa la *asunción específica* del riesgo desaprobado, es decir, *asunción de la posible y previsible conversión del riesgo permitido en prohibido*. Por la desestabilización del foco de peligro (expresión de GIMBERNAT) responde el sujeto que desplaza directamente su libertad de organización hacia la *previsibilidad* del riesgo desaprobado, lo cual le vincula un deber de contención o de aseguramiento del peligro. Por ejemplo, el empresario que resuelve colocar un producto potencialmente nocivo a la salud en el mercado debe tomar providencias (instrucciones de uso y otras) para que la utilización del producto de una determinada forma (riesgo desaprobado previsible) no resulte en peligro concreto o incluso en daño a la salud de los consumidores; y si sobreviene otra situación de peligro desaprobado previsible (el producto asume características nocivas independientes de la forma de su utilización), existe asimismo el deber de impedir el resultado típico (retirando el producto del mercado, por ejemplo). La *previsibilidad* del riesgo desaprobado en el momento de la acción peligrosa (permitida) es lo que conforma el deber de actuar.

Así puesta la cuestión, y siempre bajo la referencia de la equiparabilidad de la omisión a la acción típica, se hace necesaria, *en el marco de los riesgos generados por acción ajena al sujeto, pero a los que su ámbito de organización lo conduce*, una *escisión temporal razonable* entre (i) el momento de la *previsibilidad* de la conversión del riesgo permitido en prohibido y (ii) el momento de la producción del resultado como consecuencia de la realización del riesgo desaprobado. Ello porque la primera situación (i) genera el deber de garante, presupuesto de que el sujeto

funcione como contenedor del resultado en el caso de que sobrevenga la conversión del riesgo de permitido en desaprobado (ii). En cambio, en la omisión propia no existe dicha escisión, ya que el riesgo –desaprobado– hacia el bien jurídico surge *de forma repentina e imprevisible* y, por tanto, *a posteriori*.

Esta conclusión supone que se establezca una relación entre el riesgo desaprobado previsible y el resultado, desde que haya un intervalo temporal razonable *con la consiguiente asunción específica* de ese riesgo (prohibido) por el sujeto. Siendo así, la *asunción específica del riesgo permitida por su previsibilidad y por una escisión temporal razonable* hacia el resultado nos parece un criterio esencial en la problemática de la comisión por omisión. En efecto, el riesgo desaprobado *repentino e imprevisible*, así como la *inmediatez del resultado subsecuente* sólo dan lugar a un deber genérico de actuar, pues no permiten una asunción específica del deber de contención.

Así las cosas, la asunción sólo puede darse si hay un marco anterior de *previsibilidad* del riesgo desaprobado, y es ese marco que se separa temporalmente (tempo razonable) del resultado típico. El sujeto *asume específicamente* desde que haya la previsibilidad objetiva (temporalmente identificable) de que pueda sobrevenir un peligro desaprobado.

La formulación propuesta no difiere *esencialmente* de la teoría de GIMBERNAT acerca de la desestabilización del foco de peligro, que significa del mismo modo la *transformación ex ante* del riesgo permitido en prohibido. El deber de garante, en

este sentido, sólo puede existir una vez ya conformada por la *organización del sujeto* –conforme a JAKOBS– una situación de previsibilidad del *peligro desaprobado*, lo que supone la delimitación de un ámbito dentro del cual el sujeto debe actuar a modo de contención, impidiendo la superveniencia de un resultado por el que habrá de responder como si lo hubiera causado. Sin embargo, lo que a nuestro juicio merece adecuada delimitación es el momento en que el riesgo desaprobado se hace *previsible* y la *escisión temporal* entre este momento y el resultado típico como elementos permisivos de una asunción específica del riesgo por el sujeto.

Todo lo expuesto se inserta con mayor claridad en el marco de la *responsabilidad en virtud de un ámbito de organización* (JAKOBS), abarcando las situaciones de *injerencia* (actuar peligroso precedente, *por conducta propia del sujeto*) y de *asunción* incluso con respecto al comportamiento peligroso de otras personas. Con referencia a esta última hipótesis puede citarse el caso del empresario que no contiene el actuar (incluso delictuoso) de un subordinado suyo cuando hay previsibilidad concreta del riesgo (por ejemplo, si el subordinado está encargado de la distribución de productos peligrosos que deba realizarse mediante determinados procedimientos de seguridad).

En lo que se refiere a la esfera de la *responsabilidad institucional*, sin embargo, asimismo se impone la creación *previa* de un foco de peligro desaprobado. No basta, así pues, con estar *legalmente* obligado (por el matrimonio o por la relación paterno-filial) a evitar el resultado, haciéndose necesaria la asunción

específica por parte del sujeto *en torno a una situación de peligro desaprobado*, sin que la omisión del sujeto no asume entidad suficiente a efectos de equipararse a la acción causal del resultado acaecido.

A pesar de que la doctrina dominante no comparta esta idea, no nos parece propio que la conducta del marido que no asiste a su mujer saludable *repentinamente* afectada de un infarto pueda equivaler objetivamente, en gravedad, a la de causar él mismo el resultado muerte (sea dolosa o imprudentemente), a menos que se establezca –como lo hace el Derecho alemán (§ 13.2, StGB)– una causa de atenuación de posible referencia a la existencia -o no- de una situación previa de peligro desaprobado. De no ser así, difícilmente podrá superarse la intrínseca disparidad entre (i) la conducta de quien provoca o asume una situación preexistente de peligro y después no actúa (el marido que asume la función de cuidador de su *esposa enferma*, y no hace nada si sobreviene un peligro en consecuencia de esa situación preexistente) y (ii) la conducta de quien, ante una situación repentina de peligro, omite la contención (el marido que, ante una situación imprevisible de infarto de su esposa saludable, no hace nada). Solamente la primera situación, a nuestro juicio, configura comisión por omisión, ya que sólo ella se hace equiparable en gravedad a la acción típica; el segundo caso comportaría omisión del deber de socorro, una vez que no hubo previsibilidad de la producción del riesgo desaprobado ni *escisión temporal razonable* entre ese momento y la realización del resultado que le permitiera al sujeto asumir una posición específica de contención del riesgo. Si existe la previsibilidad y la escisión –si en el ejemplo anterior la esposa no llega a

sufrir daño en consecuencia del infarto, pero revela de todos modos un estado cardíaco peligroso por el cual *desde entonces* se hace responsable, por deber institucional y por dicha revelación, el esposo—, ya se conforma un deber de garante por asunción específica de un riesgo. La cuestión fundamental en el ejemplo es la *asunción específica* permitida por la *preexistencia, en el sentido de previsibilidad objetiva, de la posibilidad de conversión del riesgo permitido en prohibido (en el sentido de anormal, en torno al cual normativamente se impone la acción), separada* del resultado por tiempo razonable (no inmediatez).

En consonancia con estos parámetros, se sostiene aquí la *equivalencia* entre omisión y acción bajo los siguientes presupuestos y requisitos: a) *creación o asunción por el sujeto (ámbito de organización, según JAKOBS) de una previa situación de peligro concreto permitido y la previsibilidad de que éste se convierta en riesgo desaprobado, capaz de crear un efecto de abandono y de confianza en el potencial afectado; b) conversión de esa situación de peligro permitido en el previsible y normativamente desaprobado riesgo (o conforme a GIMBERNAT, “desestabilización del foco de peligro”); c) capacidad abstracta³³⁰ y concreta de evitación del resultado; d) ausencia de contención (o “aseguramiento”, conforme a*

³³⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 956, “(e)l autor debe haber sido *capaz en abstracto* para evitar el resultado por medio de una acción. La capacidad abstracta se corresponde con el movimiento corporal influible mediante motivación (causal del resultado) en el tipo objetivo del delito de comisión (a partir de ahora denominado abreviadamente acto voluntario)”.

JAKOBS) del peligro por parte del sujeto; e) relación de causalidad necesaria entre el peligro desaprobado no contenido y el resultado penalmente típico.

En estos elementos se delimita la *asunción específica de la protección permitida por la previsibilidad del riesgo desaprobado y por su separación temporal* frente al resultado. Ello es lo que autoriza imputarle al sujeto el resultado (en comisión por omisión), cuando haya la producción del riesgo desaprobado asumido especialmente y con anterioridad por él, en caso además de ausencia o ineficacia de los mecanismos de contención, obviamente. Si no hay un momento de previsibilidad del riesgo desaprobado escindido por tiempo razonable del resultado, porque el riesgo surge de forma repentina e imprevisible, sólo existirá deber general de actuar.

Así pues, es importante resaltar que no se trata de una valoración natural-subjetiva, sino normativo-objetiva: es decir, no la previsión concreta de la conversión sino la posibilidad de prever. Por tanto, sólo habrá deber de garante cuando el sujeto *pueda prever la conversión del riesgo permitido específico en desaprobado, acaecida en su ámbito de organización*, lo que le impone el deber de contención, so pena de responder por el resultado que sobrevenga; entre la posibilidad de prever dicha conversión y el resultado hay *naturalmente* un intervalo temporal. El mero surgimiento de una situación de riesgo desaprobado, sin que haya previsibilidad ni asunción específica (permitida por la sobredicha escisión temporal), no conforma una posición especial de garante sino sólo un deber *genérico* de actuar.

La posibilidad *ex ante* de conversión del riesgo permitido en aquél que es prohibido generador del deber de contención es lo que puede revestirse de entidad comparable a la acción causadora del resultado, precisamente porque es dicha previsibilidad que conforma el efecto de abandono y confianza, en el sentido de que en esta hipótesis el autor asume el especial deber de actuar. La simple posibilidad genérica, derivada de relaciones institucionales, de que sobrevenga un riesgo desaprobado no fundamenta un deber de garante, que es especial y ha de presuponer, por consiguiente, una asunción específica.

Asimismo, en el ámbito de la *criminalidad empresarial*, la genérica condición del administrador de empresa –conformada legal, estatutaria y contractualmente– no puede generarle a él deberes de garantía contra cualesquiera riesgos, si no concurre un riesgo permitido concreto (incluso por injerencia suya) y la correlacionada/contemporánea previsibilidad de que éste se convierta en desaprobado. La existencia *repentina* de un riesgo desaprobado no conlleva deberes de garantía, a menos que concurra la *asunción específica* de dicho riesgo, antes de que éste venga a producir un resultado típico, lo que, como se ha demostrado, supone una escisión/distancia temporal entre el riesgo prohibido previsible y el resultado. Así, la posición sostenida no impide que, configurado ya el riesgo desaprobado (aunque imprevisible) el sujeto lo asuma especialmente, lo que sólo es posible si el resultado no se produce de inmediato, prologándose un riesgo que pasa a integrar el ámbito de organización del sujeto. Por ejemplo, el transporte de productos inflamables sin observancia de las normas de seguridad (riesgo ya

prohibido) representa por parte del empresario la asunción específica del riesgo de que se produzca un resultado de peligro concreto a la vida o integridad física de las personas, o al medio ambiente (delito definido en el artículo 348 del CP), si hay un intervalo entre la inobservancia de las normas de seguridad (riesgo desaprobado) y la creación del resultado de peligro concreto (situación material peligrosa hacia los bienes jurídicos especificados).

En síntesis, la asunción específica del deber de actuar se permite a través de una *escisión temporal*: *a)* entre la previsibilidad de la conversión del riesgo permitido en riesgo desaprobado y el resultado; *b)* o entre la conversión misma del riesgo permitido en desaprobado y el resultado. En uno u otro caso, hay asunción específica en sentido normativo (la situación impone normativamente la asunción) del deber de acción.

Por último, en el mismo sentido que sostiene GIMBERNAT, el riesgo desaprobado ha de ser necesariamente causal del resultado: no basta, por consiguiente, la probabilidad rayana a la certeza de que la acción exigida al omitente lo hubiera evitado. Las medidas de contención cuya adopción se exigían del autor habrían de ser seguramente causales de la evitación del resultado; de lo contrario, se puede colegir la existencia de tentativa, si se trata de un delito doloso³³¹. Por

³³¹ Así, JAKOBS expone que “(e)n relación con el contexto del fin de la norma hay que tener en cuenta que para la imputación del resultado es necesario que su evitación la hubiese conseguido el autor mediante la ejecución de la acción prescrita. De lo contrario, no se pasa – supuesta la representación del autor y comienzo directo (§ 22 StGB) – de la tentativa”. Y acerca de la potencial

ejemplo, en lo que se refiere a un daño común a la salud de algunos consumidores, es preciso establecer con seguridad que ese resultado derivó de la nocividad de un producto puesto en el mercado, lo que significa decir que, *seguramente*, la acción exigida del empresario –la de retirar productos nocivos del mercado– habría evitado el resultado típico.

Esta parece ser la única manera de perseguir el objetivo de control de la imputación objetiva a título de comisión por omisión, ante la multiplicidad de hipótesis alcanzadas por la genérica y amplia fórmula legal atingente a las fuentes formales de deber.

La ley y el contrato, por un lado, establecen múltiples deberes que, obviamente, no pueden todos caracterizar posiciones de garantía hasta al punto de equipararse la omisión a la acción. Por otro lado, la injerencia ha de ser comprendida, dimensionada y limitada en cuanto configure una situación de entidad

disminución del riesgo, señala con propiedad que, “(l)a doctrina dominante requiere desde luego para la imputación del resultado algo menos que el éxito de la salvación hipotética; bastará ya la omisión de disminuir un riesgo de resultado. Esta teoría ha de rechazarse por los mismos motivos que hablan en contra de la imputación en virtud del incremento del riesgo en el delito de comisión. Como fundamentación de que baste la omisión de atenuar el riesgo se señala que el garante está obligado al comportamiento de salvación en cada caso; si este comportamiento no surte efecto con seguridad, ello no elimina el deber. No obstante, el contenido del deber, mencionado correctamente, no condiciona la responsabilidad *por el resultado* si se infringe el deber, pues en caso de eficacia no segura, el autor está obligado a intentar de todos modos la salvación, y su responsabilidad por tentativa –sólo si se da el dolo– es incuestionable”, en JAKOBS *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 961 a 963.

tal que la omisión se hace tan –o aproximadamente– desvalorable como la acción típica.

CAPÍTULO V

IMPUTACIÓN POR OMISIÓN IMPROPIA EN SUPUESTOS ESPECIALES: DELITOS DE MERA ACTIVIDAD Y DELITOS DE RESULTADO. DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

I. Consideraciones iniciales

La problemática de la comisión por omisión asume dimensiones especiales – todavía no discutidas por la doctrina con la necesaria amplitud– en el dominio de los *delitos de peligro*. La cuestión que se plantea es sobre todo lo que se deba considerar *resultado* –en el sentido en que lo emplea el artículo 11 del CP español– imputable al sujeto a título de comisión por omisión. Una vez examinados los presupuestos y requisitos del deber de garante, cabe preguntar *qué* resultado es objetivamente imputable al omitente o, dicho de otro modo, *qué tipos de delitos*, si no todos, comportan las hipótesis de comisión por omisión, considerando antes de más que la doctrina distingue entre delitos de mera actividad y delitos de resultado.

Se formulan inicialmente las siguientes indagaciones: (i) ¿hay comisión por omisión en el marco de los delitos de mera actividad o sólo con relación a los delitos dichos de resultado? (ii) en este caso, ¿cuál es el sentido que se debe prestar a la expresión *resultado* empleada por la norma penal que disciplina la comisión por omisión (art. 11 del CP español; § 13.1, StGB; art. 13, § 2, Código Penal brasileño)? (iii) en el caso especial de los delitos de peligro, considerando la distinción entre *peligro concreto*, *peligro abstracto* y *peligro hipotético*, ¿en que supuestos es posible la imputación del delito a título de comisión por omisión?

Dada su particular relevancia en el ámbito de la *criminalidad económico-empresarial*, ese problema será objeto de análisis en este capítulo.

II. Delitos de mera actividad y delitos de resultado: concepto jurídico y concepto naturalístico de resultado

Antes que todo, cumple examinar el criterio distintivo propio de la clasificación de los delitos de mera actividad, por un lado, y de delitos de resultado, por otro.

En torno a la referencia del *bien jurídico* como *objeto de protección normativo-penal*, puede decirse que *todos* los delitos tienen un “*resultado*”³³², de lesión o de peligro³³³. Los principios de ofensividad y de lesividad imponen, en efecto, que la intervención penal sólo se haga presente cuando exista por lo menos un riesgo de lesión hacia el bien o interés jurídico protegido por la norma, de modo que todo delito *resulta* en un daño o en peligro (aunque hipotético o presumido) contra dicho interés. Ello refleja un significado *jurídico-normativo* del *resultado*, entendido como la lesión o puesta en peligro (concreta o no) del bien jurídico, como consecuencia de la conducta del sujeto. Entendido de esta forma, todo delito conlleva un resultado (jurídico) penalmente típico³³⁴, lo que representa incluso una

³³² ACALE SÁNCHEZ, María, “Los Delitos de Mera Actividad”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 10, 2002, págs. 11-45, esp. 20.

³³³ Así, POLAINO NAVARRETE señala que, “(...) todos delitos, incluso los de mera actividad, exigen la producción de un resultado jurídico, que es exactamente la lesión o puesta en peligro del bien jurídico”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 85. En el mismo sentido, BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., págs. 87 y 88.

³³⁴ Vid. también POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado*, Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos, n. 32, Bogotá, 2004, pág. 34: “La segunda noción de resultado es el llamado concepto de *resultado típico*, que tradicionalmente designa la concreta lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Este elemento es *conditio sine qua non* de la existencia de todos los injustos penales”.

prevalencia conferida al momento del desvalor del resultado frente al desvalor de la acción³³⁵.

Sin embargo, desde un sentido *material* o *naturalístico*, la problemática resulta más espinosa. Se trata aquí ya de concebir, conforme a la previsión del tipo de injusto, una *modificación en el mundo exterior perceptible por los sentidos y separable espacio-temporalmente de la acción del sujeto*³³⁶. Dentro de este ámbito sí cabe discernir entre *delitos de resultado*, cuando haya una alteración exterior distinta espacial y temporalmente de la acción³³⁷ (la muerte de una persona, la sustracción de un bien, etc.), y *delitos de mera actividad*, cuando no lo haya. En este sentido, ROXIN designa como *delitos de resultado*, “(...) aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada

³³⁵ Como refiere POLAINO NAVARRETE, sobre el tema señalado, “(...) es frecuente describir el resultado, en el ámbito dogmático-penal de la teoría del delito, como la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico protegido en el respectivo tipo legal”, añadiendo el mismo autor que, “(...) en relación con un reconocimiento de esta índole, se ha conferido en ocasiones incluso un significado prevalente al momento del desvalor del resultado, que junto al aspecto del desvalor de acto constituye fundamento esencial en la estructura del injusto de los tipos dolosos de comisión”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, op. cit., pág. 319.

³³⁶ Según RODRÍGUEZ DEVESA, “(p)or resultado ha de entenderse la *modificación del mundo exterior* a consecuencia de un movimiento corporal del sujeto que realiza la acción”, en RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte General*, 7ª ed., Carasa, Madrid, 1979, pág. 355.

³³⁷ ACALE SÁNCHEZ, María, “Los Delitos de Mera Actividad”, op. cit., págs. 11-45, esp. 20.

espacial y temporalmente de la acción del autor³³⁸, y entiende por *delitos de mera actividad*, “(...) aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella³³⁹”.

El homicidio, por ejemplo, sería así un delito de resultado, pues que a la conducta típica (de disparar, de suministrar veneno, etc.) le sigue la muerte de la víctima, modificación natural (física) distinta de la acción. En cambio, en el delito de injuria existe sólo la acción de injuriar (proferir ofensas por medio escrito u oral), sin una alteración física que en el mundo exterior se produzca en consecuencia de la conducta. En uno u otro caso (homicidio e injuria), no obstante, hay un *resultado jurídico* de lesión al bien jurídico protegido (vida y honor, respectivamente). Considerado sólo en este sentido jurídico, entre tanto, un concepto autónomo de resultado no asume ninguna relevancia.

La diferencia esencial entre *delitos de mera actividad* y *delitos de resultado*, en este contexto, es que en los primeros la norma describe sólo la conducta como suficiente para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (resultado jurídico), mientras que en los últimos, la norma describe un resultado especial y material como

³³⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., págs. 328 y 329.

³³⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., págs. 328 y 329.

necesario para la realización de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico³⁴⁰. Como lo expresa BAUMANN, “(l)a técnica empleada por el legislador consiste en describir la actividad (delito de actividad) si de esta manera puede circunscribir con claridad la lesión del bien jurídico, y en describir el resultado (delito de resultado) si las actividades a prohibir que pueden producir este resultado, son multiformes (por ejemplo, lesión corporal causada por haber omitido la reparación del techo o la alimentación o cuidado de un hijo, o producida a causa de puñalada, puñetazo, disparo, etc.)”³⁴¹.

Sucede que un sector de la doctrina no concibe el resultado como realidad distinta o separable de la conducta. En este sentido se dice que la propia conducta del sujeto constituye ya un resultado, pudiendo haber otro según la previsión de la norma incriminadora. Sin embargo, no se debe confundir el “producir” con lo “producido”, y el resultado se debe entender como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad³⁴².

³⁴⁰ ACALE SÁNCHEZ, María, “Los Delitos de Mera Actividad”, op. cit., págs. 11-45, esp. 20 y 21.

³⁴¹ BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., pág. 88. En el mismo sentido, vid. también CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 64.

³⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 35: “Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado, pero este resultado ya no es integrante de la acción. Existe una tendencia doctrinal a considerar a la acción manifestada como un resultado, pero con ello se confunde la manifestación de voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa

Por otra parte, se encuentra también la concepción que identifica la existencia de un resultado en algunos, pero no en todos, los delitos dichos de mera actividad, siempre que se dimensione en el tipo una *intervención física sobre determinado objeto*. Así lo entiende JAKOBS, quien considera que, “(...) también en los delitos de mera actividad se da resultado, siempre que –como ocurre por lo general– la actividad se describa como intervención activa sobre un objeto (conducir un *automóvil*)”³⁴³, resaltando el mismo autor que, “(...) la intervención cabe separarla, como resultado, de la acción”³⁴⁴. Esa noción, con todo, no niega la existencia de delitos sin resultado, limitándose a añadir el elemento de la *intervención* como elemento presente en *algunos* delitos de mera actividad, y aun así como algo separado de la acción.

De todas maneras, es notoria la relevancia de un concepto autónomo de resultado como algo separado espacial y temporalmente de la acción, considerando la *relación de causalidad* como criterio de imputación. Ello no puede existir sin que

manifestación. No es lo mismo ‘el producir’ que ‘lo producido’. La distinción entre acción, como simple manifestación de voluntad, y resultado, como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad, tiene gran importancia para el Derecho penal”.

³⁴³ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 951.

³⁴⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 951 y 952.

se identifique una alteración exterior distinta de la acción³⁴⁵, a menos que se concibiera una conducta *causadora* de lesión o de peligro al bien jurídico, lo cual, a nuestro juicio, conduciría a una valoración abstracta de difícil dimensionamiento, si no existe una referencia a una modificación física exterior que suponga, eso sí, dicha lesión o peligro.

Por otra parte, ahora desde un punto de vista político-criminal, es preciso pensar en el *desvalor específico del resultado* que se añade al *desvalor de la acción*, lo que en muchas situaciones –pero no siempre– importa en una punición más severa reservada a los delitos de resultado. Ello conduce, naturalmente, a rechazar la doctrina que sostiene la exclusiva existencia de un desvalor de la acción (y no de un desvalor del resultado). Tal y como lo expresa ROXIN, “(...) una orientación reciente, invirtiendo exactamente las posiciones de las antiguas teorías orientadas al

³⁴⁵ Según ROXIN, “(e)l significado práctico de la distinción consiste sobre todo en que la teoría de la relación causal, que en los delitos comisivos tiene gran importancia para la imputación del tipo objetivo (...), sólo desempeña un papel en los delitos de resultado. Es decir, que en los delitos de mera actividad, para comprobar la consumación del hecho sólo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor; y en ellos también coincide la tentativa acabada (o sea, el momento en el que el autor ha hecho todo lo necesario para provocar el resultado) con la consumación del delito”, en ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., págs. 328 y 329. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA señala que, “(l)a clasificación en delitos formales y materiales tiene gran trascendencia práctica en la teoría sobre la relación de causalidad y en las formas imperfectas de ejecución (...) debe notarse que en los delitos de resultado es esencial que haya una relación de causalidad entre el movimiento corporal y el resultado, mientras que no es precisa en los delitos de simple actividad”, en RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte General*, op. cit., págs. 355 y 356.

resultado, pretende basar el injusto penal y con ello también el tipo exclusivamente en el desvalor de la acción y negar al desvalor del resultado un significado autónomo para la fundamentación del injusto. Para ello se basa en dos argumentos. El primero consiste en que sólo las acciones, pero no los resultados pueden ser objeto de prohibición, (...) el resultado está fuera de la prohibición y por tanto también fuera del tipo y del injusto. Ya la segunda razón por la que el resultado ha de ser irrelevante para el injusto es porque su producción o no producción depende ampliamente del azar. (...) Sin embargo, hay que rechazar tal eliminación del resultado del injusto. La frase de que sólo se pueden prohibir acciones y no resultados sólo es correcta en cuanto que los resultados no se pueden prohibir independientemente de las acciones humanas y tampoco como consecuencias solamente casuales e incalculables de aquéllas, pues no tiene sentido querer prohibir hechos naturales o acontecimientos inevitables. Por tanto, en Derecho penal no hay injusto del resultado sin injusto de la acción, pero perfectamente se pueden prohibir resultados que supongan realizaciones planificadas de acciones punibles o la consecuencia adecuada de infracciones del cuidado debido”³⁴⁶.

En consonancia con esas reflexiones, el mejor camino parece ser el de la conceptualización de *resultado* en sentido causal-naturalista añadido a un significado jurídico, como *modificación en el mundo exterior que, en consecuencia de una conducta típica, produzca lesión o amenaza al bien jurídico objeto de tutela penal*.

³⁴⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., págs. 323 y 324.

Pero esa definición desde luego no abarca los delitos de omisión, debido a dos razones esenciales: *a)* en lo atinente a la omisión propia, se trata de delitos de infracción de mero deber positivo específico, por lo tanto, sin resultado en sentido físico; *b)* en cuanto a la comisión por omisión, el resultado se imputa al sujeto *normativamente* y tiene origen, además, en una *causa* diferente de la conducta del omitente. Lo mismo sucede con los delitos de omisión y resultado, a los que suele referirse la doctrina española.

Así pues, considerando la realidad jurídica de los delitos de omisión, nosotros consideramos que se puede definir el resultado como *modificación en el mundo exterior prevista en el tipo de injusto que, constituyendo causa de una acción o consecuencia normativamente imputable a título de omisión, produzca lesión o amenaza al bien jurídico objeto de tutela penal*. Entendido de esa forma, el resultado sólo asume relevancia en el marco de la comisión por omisión y de la dicha “omisión y resultado”, ya que los delitos de omisión propia son de *mera conducta* (o *mera infracción de un deber*).

De hecho, todo ello no se debe comprender desde el exclusivo punto de vista de la causalidad física (incluso en lo que se respecta a los delitos comisivos), sino también conforme a los parámetros de la imputación objetiva del resultado, vale decir, en torno a las nociones de *riesgo permitido* y de *riesgo desaprobado*. Así es que el resultado se entiende como una *situación material* de lesión o puesta en

peligro normativamente desaprobada o, como expresa POLAINO NAVARRETE³⁴⁷, un *resultado de desvalor normativo* que presupone *el quebrantamiento de expectativas normativas* (JAKOBS), tanto en los delitos comisivos como en los omisivos. Eso es lo que significa la idea de *desvalor del resultado*, esencial a que se lo impute al sujeto que promueva “un ataque a la libertad ajena, un ataque a la vigencia de la norma o un incremento o no neutralización del riesgo no permitido”³⁴⁸.

Añadiéndole este componente funcionalista se puede definir el resultado, a nuestro juicio, como la *modificación en el mundo exterior prevista y desvalorada (excedente de los ámbitos del riesgo permitido) en el tipo de injusto que, constituyendo causa de una acción desvalorada o una consecuencia normativamente imputable a título de omisión desvalorada, produzca la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico objeto de la tutela penal.*

III. La primera pregunta:

¿hay omisión impropia en los delitos de mera actividad?

³⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado*, op. cit., págs. 34 y 35.

³⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado*, op. cit., pág. 35.

Derivado de las ideas expuestas en el apartado anterior, no se puede dejar de analizar lo que sucede respecto a la comisión por omisión en los delitos de mera actividad, dada la ausencia de un *resultado* por cuya evitación se exigiera una acción del sujeto *garante*. Tal y como señala POLAINO NAVARRETE, “(...) el legislador, al aludir imprecisamente [en el art. 11 del CP] a los delitos que consistan en la producción de un resultado, quiere decir realmente delitos que exijan un resultado material (lesión, homicidio, apropiación, etc.), de manera que es ese resultado material el que se atribuye (imputa) al omitente garante como si lo hubiera causado activamente”³⁴⁹.

Antes que todo, desde el punto de vista político-criminal, es importante señalar que la punibilidad a título de omisión impropia supone no sólo un desvalor del *no hacer* del sujeto –cuando se le imponga un deber positivo–, sino también un *desvalor del resultado*. El deber de garantía no existe *per se*, sino que está referido siempre a algo; es decir, se trata de garantía de que el resultado no se realice o, dicho de otro modo, garantía de protección del bien jurídico frente a un foco de riesgo desaprobado, evitándose así una lesión o puesta en peligro. El sujeto está *puesto allí*, por tanto, para *garantir algo diferente de la acción típica*, lo que sólo puede referirse, en sentido negativo, al resultado previsto en el tipo de injusto. En el exclusivo marco de la omisión propia es que se puede hablar de deber autónomo, por sí sólo suficiente a un desvalor penal.

³⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 85.

Cumple aseverar, bajo el mismo orden de ideas, que es inconcebible que el sujeto sea llamado específicamente a garantizar que una *acción* –en vez de un resultado– no sobrevenga. Los delitos de mera actividad se consuman por la mera realización de la conducta activa prevista en el tipo penal, no siendo pensable que la posición de garante consista en el deber de evitar que esta acción se produzca. Si se pone la hipótesis del *actuar ajeno* –por ejemplo, la conducta activa del subordinado de un empresario–, la intervención penal comparecería bajo márgenes incontrolables e indeseablemente expansivos, de permitirse la imputación al organizador (administrador de empresa) a título de omisión impropia, por no haber evitado la simple conducta del organizado (subordinado o empleado), sin que haya un resultado típico pasible de dimensionamiento. La realización de meras conductas activas, suficientes a la tipicidad objetiva del hecho, no son previsibles y, aunque lo sean, han de situarse en los márgenes del riesgo permitido (en lo que respecta al omitente), so pena de imposibilitar el funcionamiento de determinados ámbitos de organización, como por ejemplo la empresa. De no ser así, considerando la imposibilidad concreta de dimensionar acciones previsibles o acciones imprevisibles, la imputación se haría amplia e incontrolable, con el notorio efecto de desestimulo al ejercicio de competencias de organización, necesario en la vida social. La libertad de acción de las personas supone incluso la imprevisibilidad del comportamiento.

Así pues, el organizador está sí obligado a impedir que acciones ajenas vengan a producir resultados (materiales) con menoscabo al bien jurídico protegido –en eso

consiste su deber de contención de la fuente de peligro—, pero no de evitar el mero ejercicio de acciones que por sí solas constituyan delitos. Bien entendido: aunque la acción ajena configure por sí sola un delito imputable al agente, el deber de garante del omitente, a su vez, sólo puede referirse a la realización de una modificación exterior que sea consecuencia de aquél comportamiento activo. Por ejemplo, si la acción de un subordinado configura delito de peligro abstracto (delito de mera actividad), no se puede imputar dicha conducta activa al organizador; pero, si se prevé un resultado de peligro concreto que o bien configure circunstancia cualificadora o bien un tipo autónomo de peligro concreto, sí se puede imputar el resultado al omitente, si concurren los demás requisitos de la imputación por omisión impropia.

Por otro lado, la *equivalencia* entre comisión y omisión ha de tener en cuenta el mismo desvalor del resultado, so pena de que no haya un *referencial* para tanto: un delito de mera actividad no ofrece una referencia en torno a la cual sea posible comparar la acción con la omisión, a efectos de equiparar la gravedad de una y otra.

De todos modos, y más allá de esas consideraciones *de lege ferenda* —que en verdad representan las razones justificadoras de que la comisión por omisión se circunscriba a los delitos de resultado—, el artículo 11 del CP prevé, de forma expresa, como supuestos para la imputación por omisión impropia, “los delitos *que consistan en la producción de un resultado*”, lo que, *contrario sensu*, excluye de la incidencia específica las infracciones penales que *no* consistan en la producción de

un resultado, es decir, los delitos o faltas de mera actividad. Además, la parte final del mismo artículo exige que la omisión del sujeto *equivalga a la causación del resultado*. Se puede desde ahí deducir entonces una categoría de *causalidad* en sentido material, que, como antes se ha demostrado, no existe en los delitos de mera actividad³⁵⁰.

Por otra parte, es importante señalar que no es coherente considerar a la expresión “resultado” prevista en el artículo 11 del CP español el sentido de mera “realización del tipo” o de algo inseparable de la acción, desde luego porque, así comprendido, no sería lógico entender un concepto de “resultado”. El sentido de la existencia de un resultado, así pues, está en que sea algo diferente de la acción³⁵¹. Por lo demás, *de lege lata*, al decir “delitos o faltas *que consistan en la producción de un resultado*”, la ley penal adopta claramente la distinción entre delitos de mera

³⁵⁰ En el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 85.

³⁵¹ Con posición semejante, CUADRADO RUIZ, María Ángeles, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 49, señalando que “(e)n sentido amplio se entendería el resultado como la realización del tipo penal (...) Así, en la ejecución de los delitos de mera actividad también existiría un “resultado” que pudiera valorarse penalmente, aunque de manera más o menos abstracta, y siempre que la actividad se describa como intervención activa sobre un objeto. Sin embargo, en los delitos de mera actividad la conducta no aparece descrita con referencia a aquel “resultado”. Por ejemplo, la no evitación de una conducta injuriosa por un garante, no le convierte e él en autor de un delito de injurias, puesto que los delitos de mera actividad se caracterizan por la ausencia de un resultado trascendente que sea preciso vincular con el comportamiento típico. De ahí que se rechace la posibilidad de realizar delitos de mera actividad en comisión por omisión”.

actividad y delitos de resultado, reservando tan sólo a los últimos la posibilidad de comisión por omisión.

En suma, en torno al sobredicho concepto material-naturalístico y normativo-funcional de resultado, entendido como *modificación en el mundo exterior separable de la acción y que constituya efecto normativamente desaprobado de una acción típica o que sea normativamente imputable a título de omisión*, se sostiene aquí la imposibilidad de comisión por omisión en los delitos de mera actividad³⁵².

Hay que considerar, sin embargo, la referencia de JAKOBS respecto de la *intervención* como algo distinto de la acción y presente en algunos delitos de mera actividad³⁵³. Como se ha señalado por parte del autor alemán, en efecto, que también hay resultado en los delitos de mera actividad, siempre que la acción del sujeto suponga una *intervención activa sobre un objeto*³⁵⁴. Se entiende por intervención el control, la conducción o la dirección sobre un determinado objeto, comprendido éste, según nos parece, en un sentido amplio de persona o cosa.

En efecto, existen hipótesis en que la propia acción descrita en el tipo penal conlleva una *intervención física* sobre algo, lo que representa una realidad distinta

³⁵² Por razones aproximadas o por otras, defiende lo mismo JESCHECK, en JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 851. En la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, op. cit., pág. 353.

³⁵³ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 951.

³⁵⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 951 y 952.

de la acción. En esas hipótesis, por tanto, como lo expresa el propio JAKOBS, “(...) la intervención cabe separarla, *como resultado*, de la acción”³⁵⁵. Conducir un vehículo o una aeronave, por ejemplo, es una forma de intervención. Existe la conducta de conducir y un “resultado” *vehículo conducido*, oriundo de la intervención. Ya no se trata de delitos de *simple* actividad, considerando la existencia de una *realidad exterior modificada* diferente de la mera manifestación de voluntad, aunque intrínsecamente *vinculada* a ella. La manifestación de voluntad de conducir, ya que incide sobre un objeto según la propia descripción de un tipo de delito contra la seguridad vial (por ejemplo), supone una consecuencia, intrínseca pero diferente de la acción, que es el *objeto físicamente conducido*. Ello no sucede con la injuria, un delito eso sí de mera actividad, sin ninguna intervención activa sobre cualquier objeto.

A ese ámbito se le debe considerar -especialmente a efectos de imputación a título de omisión impropia-, *delitos de resultado*, cuya nota esencial es la de consecuencia exterior distinta de la acción, lo que sí habrá cuando se trate de intervención.

De no ser así, y ahora desde el punto de vista político-criminal, no se permitiría imputársele un delito de agresiones sexuales al garante omitente, ya que estructuralmente se trataría de un delito de mera actividad, pero que, a nuestro

³⁵⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 951 y 952. Se ha destacado “*como resultado*”, en versalitas, no constante en el original.

juicio, configura un genuino delito de resultado, dada la existencia de intervención sobre una persona.

Así pues, en nombre de la *funcionalidad* de los conceptos dogmático-penales, entendemos el resultado como la *consecuencia exterior separable de la acción, bien porque esté así prevista en el tipo de injusto, o porque la propia descripción típica lo suponga por intervención activa sobre un objeto.*

IV. Delitos de peligro y delitos de lesión: problemas de causalidad y de resultado

Desde luego conviene advertir, como ya se ha indicado anteriormente, que no existe en el ámbito de los *delitos de mera actividad* y de los *delitos de resultado* una correlación necesaria e invariable con los *delitos de lesión* y los *delitos de peligro*. Ello es así porque los parámetros de distinción son diferentes en cada uno de los dos ámbitos: en la distinción entre *delitos de mera actividad* y *delitos de resultado*, opera un parámetro de *resultado natural (modificación exterior separable espacio-temporalmente y decurrente de la acción)*, mientras la distinción entre *delitos de lesión* y *delitos de peligro* supone un parámetro de *resultado jurídico (lesión o puesta en peligro del bien jurídico)*. Como lo expresa ACALE SÁNCHEZ, “(l)a diferencia esencial que existe entre ambas acepciones del término resultado es que, frente al denominado jurídico que existe siempre, el natural, como se ha visto, sólo

existe como un elemento más del tipo de determinados delitos. Esto significa que los dos conceptos de resultado pueden o no coincidir porque operan sobre planos diversos. En este sentido afirma Stratenwerth que existen delitos de mera actividad y de peligro, de mera actividad y de lesión, de resultado y de peligro y, finalmente, de resultado y de lesión”³⁵⁶.

Los *delitos de mera actividad* (o de mera conducta) son aquellos cuyos tipos se perfeccionan con la simple realización de la acción u omisión descrita³⁵⁷. Por ello, como señala BAUMANN, “(...) en los *delitos de simple actividad*, un problema de causalidad no se presenta. La acción es típica cuando corresponde a la descripción contenida en el tipo”³⁵⁸.

Dichos delitos pueden ser *delitos de lesión* o de *delitos de peligro abstracto*, en los cuales la práctica de una conducta es suficiente para (i) generar una lesión al bien jurídico protegido (*delitos de lesión*, como por ejemplo las injurias, en que la práctica de la conducta genera la lesión del bien jurídico *honor*) o (ii) suponer un *presumido* riesgo (*delitos de peligro abstracto*); o aún de *delitos de peligro hipotético*, en que la conducta reviste en sí misma *potencialidad* de causar un daño,

³⁵⁶ ACALE SÁNCHEZ, María, “Los Delitos de Mera Actividad”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 10, 2002, págs. 11-45, esp. 20 y 21.

³⁵⁷ POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 131.

³⁵⁸ BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., pág. 117.

aunque concretamente no produzca un resultado del cual dependa el perfeccionamiento del tipo penal.

Como en los delitos de peligro abstracto la situación peligrosa es solamente la razón que motivó la incriminación por el legislador, no hay que concebir aquí ningún resultado, incluso porque la mera realización de la conducta –cuyo matiz peligroso se presume– es suficiente para la consumación; lo mismo se diga respecto de los delitos de peligro hipotético, en que la *aptitud de generar algún daño* es de la propia acción y, por lo tanto, inseparable de ella.

Por otro lado, los delitos de resultado reúnen las acciones que producen una modificación exterior que puede consistir en una lesión hacia el bien jurídico (delitos de lesión) o en una puesta en peligro (delitos de peligro concreto). Los delitos de peligro concreto, por lo tanto, constituyen delitos de *resultado de peligro*³⁵⁹.

³⁵⁹ Así, en lo esencial, vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, op. cit., págs. 159-219, esp. 161 y 162, señalando el autor que, “(...) los tipos penales se dividen en dos grandes grupos: delitos de lesión y delitos de peligro; en los primeros el legislador sanciona el menoscabo efectivo del bien jurídico, mientras que en los segundos lo que se castiga es una amenaza para ese bien que no ha llegado a concretarse en una lesión (...) Según otra terminología, los delitos de lesión deberían llamarse de *resultado*, manteniéndose para la segunda categoría el nombre de delitos de peligro. Pero esa denominación no se ajusta a la realidad, pues no sólo en lo que aquí llamamos delitos de lesión se produce un resultado: también los delitos de peligro tienen un resultado, a saber: el peligro, en cuanto que sobre la base de una pronóstico ex ante, en el mundo exterior, y mediante una conducción temeraria, o un ‘tirón’ sin éxito al bolso de una mujer que consigue retenerlo, o la fabricación de fonogramas ilegales, se ha producido un *resultado de riesgo* para los bienes jurídicos de, respectivamente, la vida, la integridad física, la

En coherencia con las nociones ya señaladas, cabe afirmar que el criterio distintivo entre delitos de lesión y delitos de peligro es *el nivel de afectación hacia el bien jurídico normativamente tutelado*, según sea de daño o de riesgo³⁶⁰. Existe, naturalmente, una *situación material* (conducta o resultado) tomada como base o referencial a efectos de identificar el grado de afectación del bien jurídico protegido. De hecho, lo esencial con respecto a la clasificación comentada es la afectación del bien jurídico (*resultado normativo de lesión o de peligro*), valorada con arreglo a los elementos del tipo penal concretamente considerado.

Se trata, por tanto, no sólo de un criterio material-naturalístico –que se utiliza, según se ha visto, para distinguir los delitos de mera conducta de los delitos de resultado–, sino también de uno jurídico-normativo, aunque reconducible a la existencia o no de un *resultado material* como *base* en torno a la cual se identifique una lesión real o meramente potencial al bien jurídico (resultado jurídico de lesión o

propiedad o los derechos de explotación de los titulares de la propiedad intelectual. Como consecuencia de todo ello, me reafirmo en la terminología que he empleado al principio de este artículo: los delitos se dividen en dos grandes categorías que deben ser denominadas de peligro y de lesión, y no de peligro y de resultado, en cuanto que el peligro es también un resultado (de peligro), por lo que la diferencia entre unos delitos y otros reside en que en un caso ese resultado consiste en la lesión de un bien jurídico, mientras que en el otro consiste en la creación de una situación de riesgo para el interés que, sin embargo, no llega a ser menoscabado”.

³⁶⁰ Conforme a ROXIN, “(e)n los **delitos de lesión** (...) el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado (...). En cambio, en los **delitos de peligro** el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción”, en ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., págs. 335 y 336.

de peligro): por ejemplo, en las injurias no hay resultado, pero sí lesión al bien jurídico; en el homicidio el resultado material (muerte) sirve de base para concluir la lesión al bien jurídico *vida*. En todo caso existirá una *situación material*, ya sea el resultado o exclusivamente la acción; es decir, en los delitos de mera actividad la *acción* es el referencial para identificar una lesión o un peligro al bien jurídico (aunque sea éste presumido), mientras que en los delitos de *resultado* es éste mismo que cumple dicha función de referencia.

Por todo lo expuesto se constata que tanto los delitos de lesión como los delitos de peligro, pueden asumir la forma de delitos de mera actividad (o de mera conducta) o de delitos de resultado, dependiendo de la especie de que se trate. Entre tanto, los delitos de peligro suscitan particulares problemas en torno a las categorías doctrinales de *peligro abstracto*, *peligro hipotético o intrínseco* y *peligro concreto*. Cabe, por lo tanto, examinarlas con más detalles.

A) Delitos de peligro abstracto

Como se ha dicho anteriormente, en los delitos de *peligro abstracto* el peligro no es un elemento constitutivo del tipo de injusto sino el *motivo* que ha conducido al legislador a la incriminación de la conducta, bajo la presunción de que la acción considerada supone ya en sí misma una peligrosidad que justifica la intervención penal.

Según escribe con propiedad POLAINO NAVARRETE, “(s)e caracterizan estos delitos por la valoración efectuada por el propio legislador de una presunta situación de peligro, que estima pueda derivarse de la práctica de una conducta para un determinado bien jurídico, pero sin producirse en la realidad efectivamente tal situación de peligro”³⁶¹. Así pues, dichos delitos se perfeccionarían por la mera práctica de la conducta típica, independientemente de que se produzca en concreto una situación de real peligro hacia el bien jurídico objeto de tutela normativa³⁶².

Al respecto, KINDHÄUSER sostiene que los delitos de peligro abstracto (*abstrakte Gefährdungsdelikte*) no existen para la protección de bienes jurídicos, sino para *garantía de condiciones de seguridad (Sicherheitsbedingungen)*³⁶³. La incriminación de determinadas conductas como suficientes para el perfeccionamiento del delito obedecería entonces al objetivo de conformar un estado jurídicamente garantizado (garantía de condiciones de seguridad) capaz de generar

³⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, op. cit., pág. 618.

³⁶² En igual sentido, como expone ROXIN, “(d)elitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta de peligro (...). Por tanto la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo”, en ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., pág. 407. En el mismo sentido, CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 10, Madrid, 2002, págs. 47-72, esp. 47.

³⁶³ KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006, pág. 70.

legítima despreocupación en cuanto a la libre disposición de bienes (*unbesorgten Verfügung über Güter*)³⁶⁴. Como ejemplo, el propio autor alemán, señala que para un viaje seguro en la carretera es objetivamente razonable tener certeza de que no hay otros conductores bajo influencia de alcohol, añadiendo que dicha garantía no espera que se produzca un riesgo concreto o una lesión, puesto que el mero acto (de conducir alcoholizado) ya configura el delito³⁶⁵. El bien jurídico, por tanto, serviría de simple referencia, ya que no se exige una puesta en peligro concreto o una lesión, y la seguridad garantizada sería el criterio esencial que singularizaría los delitos de peligro abstracto.

Pese a lo ingenioso de dicha concepción, no parece que la intervención penal pueda desvincularse de su función protectora de bienes jurídicos, incluso cuando se trate de una referencia remota. Aunque no quepa duda de que el delito es antes que

³⁶⁴ KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, op. cit., pág. 70: “Abstrakte Gefährungsdelikte sind entweder Tätigkeitsdelikte oder Delikte, bei denen der Erfolg keine Rechtsgutsverletzung ist. Unter einer abstrakten Gefährung ist die Beeinträchtigung der zur unbesorgten Verfügung über Güter notwendigen Sicherheitsbedingungen zu verstehen.

³⁶⁵ KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, op. cit., pág. 70: “Exemplarisch: Zur sicheren Teilnahme am Straßenverkehr gehört die objektiv begründete Gewissheit, dass andere Verkehrsteilnehmer nicht alkoholbedingt fahruntüchtig sind. Diese Sicherheit wird verlangt also nicht, dass ein anderer Verkehrsteilnehmer konkret gefährdet oder gar verletzt wird, sondern stellt bereits den Vollzug der Handlung unter Strafe. Bei den abstrakten Gefährungsdelikte muss der Sachverhalt nur unter den Tatbestand subsumiert werden; es gibt kein Tatbestandsmerkmal der Gefahr, das zu prüfen wäre und subjektiv zurechenbar sein müsste.

todo un ataque a la vigencia de la norma³⁶⁶, ello no supone, en ninguna hipótesis, la negación de la tarea normativo-penal de protección de bienes jurídicos, incluso porque no hay contradicción entre una y otra de esas nociones. De hecho, la incriminación por parte del legislador de conductas desvaloradas debe dimensionarse y limitarse según el significado del bien jurídico que justifica la intervención penal. Así pues, la tipificación penal de la conducta de conducción bajo el efecto de alcohol no se destina, *sino indirectamente*, a la garantía de un estado de seguridad apto a generar un efecto de despreocupación; se trata, primordialmente, de proteger un bien jurídico concreto, en su caso la seguridad vial, que constituye no sólo la referencia sino el límite de la trascendencia penal, incluso respecto a la conveniencia de la intervención penal y de la cantidad de pena conminada. Lo contrario, a nuestro juicio, equivaldría a degenerar la función penal, convirtiéndola en mero derecho de seguridad, de matiz exclusivamente administrativo.

Por lo demás, si es así desde un punto de vista teórico, cabe observar que *en la práctica* no existen mayores repercusiones, puesto que el “(...) estado de seguridad garantizada” y el “efecto de despreocupación” propuestos por

³⁶⁶ En este sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado*, op. cit., págs. 22 y sig.

KINDHÄUSER son en realidad nada más que consecuencias de la protección del bien jurídico³⁶⁷.

Por otro lado, conviene advertir que las técnicas de peligro abstracto empleadas en la tipificación significan sí una anticipación de la intervención penal hasta tal punto que la protección al bien jurídico alcanza ámbitos remotos, ya que no se requiere un resultado de riesgo ni siquiera una aptitud peligrosa efectiva de la acción típica. Se verifica pues que la concepción de KINDHÄUSER tiene razón de existir en cuanto *descripción* de lo que sucede concretamente, vale decir, de la utilización *indiscriminada* de dichas técnicas de peligro abstracto por el legislador, lo que sin duda acentúa mucho más un objetivo de garantía de seguridad que de protección de un bien jurídico.

La doctrina y la jurisprudencia, entre tanto, han de establecer criterios de control de la reacción penal atentos a la función específica que se le reserva al Derecho Penal. En verdad, como sostiene FRISCH, lo deseable es que los delitos de peligro abstracto sean sustituidos por los “delitos de aptitud”, o “delitos de peligro hipotético”³⁶⁸, que se examinarán a continuación. Hasta que ello no se lleve a cabo

³⁶⁷ Como lo expresa ROXIN, “(l)a concepción de Kindhäuser, si se lleva a cabo consecuentemente, quizás se diferencie en sus resultados menos de lo que él supone de las teorías que explican la puesta en peligro abstracta como infracción del cuidado debido”, en ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., pág. 409.

³⁶⁸ Según referencia de ROXIN, en ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., pág. 409.

en el plano de las *técnicas legislativas*, cabe al operador del Derecho aplicar mecanismos de control de la imputación.

Al respecto, aún en el mismo caso de la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha superado la *técnica legislativa* de peligro abstracto al exigir para la configuración del delito, “(...) un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico etc.)”³⁶⁹.

Lo cierto, de todos modos, es que hay una tendencia en la jurisprudencia del TS en exigir, en múltiples casos, por lo menos un *peligro hipotético de la acción incriminada*, con el fin de que no se realice la intervención penal con base en la simple presunción del peligro. Ello no significa que todos los tipos de peligro abstracto deban interpretarse como “tipos de peligro hipotético”, exigiéndose en todo caso la aptitud global de la acción de causar algún daño³⁷⁰. En efecto, existen

³⁶⁹ TS, Sala 2ª de lo Penal, STS de 9.XII.1999. Ponente: PUERTA LUIS, Luis Román).

³⁷⁰ Al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ aboga una solución intermedia o matizada, resaltando que “(n)o puede llegarse hasta el extremo de restringir los tipos de peligro hipotético a aquellas figuras que incorporan *explícitamente* una cláusula expresiva de la idoneidad para producir una lesión, pero tampoco puede sostenerse que todos los tipos de peligro abstracto deben ser interpretados como tipos de peligro hipotético [así, MENDOZA, ROMEO, TERRADILLOS]”. Y añade que “(...) hay que admitir la posibilidad de que en algunos delitos su caracterización como tipos de peligro hipotético pueda ser tácitamente deducida merced a una labor de interpretación, pero se trata de un problema exegético que no se puede resolver de forma genérica, sino que será preciso llevar a cabo un análisis de la concreta figura delictiva en cuestión con el fin de averiguar si existen razones normativas para sostener dicha caracterización”, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 213.

esferas de intervención normativa en las cuales se justifica excepcionalmente la institución de una peligrosidad abstracta como base para la anticipación de la respuesta penal. En ese contexto, hay un campo en que sí se acepta, de carácter excepcional, el empleo de la técnica de incriminación propia de los delitos de peligro abstracto: el así llamado *Derecho Penal del enemigo* se construye mediante normas fundadas exactamente en la necesidad de que se incriminen riesgos reducidos, pero con aptitud de convertirse en riesgos tan mayúsculos que conllevarían la ineficacia de la respuesta penal. Así es que se incrimina, por ejemplo, la asociación de tipo terrorista en una dimensión *prospectiva* del Derecho Penal, a efectos de neutralizar el riesgo en su fuente, dada su particular capacidad de concretizarse de tal forma que la intervención penal ya no cumpliría con su función de protección del bien jurídico –en su caso colectivo– concretamente considerado³⁷¹. De esta forma, el bien jurídico, incluso en este marco excepcional, continúa orientando la intervención del Derecho Penal.

³⁷¹ Para una valoración precisa de esa realidad, a menudo mal situada y mal comprendida, vid. el excelente ensayo de POLAINO-ORTS, del cual se recoge la siguiente lección: “La anticipación o adelantamiento de las barreras de punibilidad o de protección jurídico-penal pone de manifiesto que prisma o punto de análisis del que parte es el delito consumado, esto es, la lesión material de un bien jurídico: se anticipa la barrera de tutela en relación a algo, y ese algo no es otra cosa que la lesión material del bien jurídico. Ello no significa que la conducta previa (anticipada) dependa necesariamente de la conducta anterior consumada: la primera ya constituye, *de per se*, y con independencia de la segunda, una conducta susceptible de ser sancionada penalmente. De ese modo, el ámbito previo ya integra, por sí mismo, materia criminalmente relevante”, en POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo. Materiales docentes*, 2ª ed., Mergablum, Sevilla, 2012.

La sociedad contemporánea impone entonces que, en cuanto a determinadas fuentes de especial ofensividad, se emplee la técnica de peligro abstracto en la tipificación penal, aunque ello no suponga, de ningún modo, una actitud permisividad frente a los frecuentes abusos que se cometen en múltiples ordenamientos de nuestros días, sea por la vaguedad y generalidad de los supuestos (con menoscabo al principio de legalidad en su dimensión de *certeza* o *lex certa*), sea por la extensión de dichas técnicas a campos no merecedores del régimen especial prospectivo.

Al respecto, como justamente lo señala POLAINO NAVARRETE, “(...) de esta denostada tipología delictiva [tipos de peligro, en especial el abstracto] no ha dejado de hacer frecuente uso el legislador penal español en los últimos tiempos, respondiendo irreflexivamente al aumento de las actividades de riesgo y bajo el pretexto de progresismo legislativo, pero encubriendo en realidad un entendimiento no correcto de los principios político-criminales que deben inspirar los procesos de criminalización”³⁷².

Un ejemplo de delito de peligro abstracto que refleja un exceso expansivo por parte del legislador se encuentra en el artículo 384 del CP (delito de conducción sin permiso o con permiso retirado), el cual señala: “El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por

³⁷² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, op. cit., pág. 616.

pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado (...)”³⁷³. En este sentido, para la consumación del delito basta con la práctica de la conducta, aunque ello signifique la pura y simple presunción del peligro, convirtiéndose una mera infracción administrativa en un desvío penal.

Constituye asimismo supuesto de tipo de peligro abstracto el delito de colaboración con organizaciones o grupos terroristas previsto en el artículo 576 del CP: “1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista”. Se trata aquí de un genuino ejemplo de anticipación de la respuesta penal, independiente de la utilidad concreta del acto de colaboración con la banda terrorista, ahora ya justificable considerando el tipo de delincuencia de que se trata y los elevados riesgos que la misma supone. Lo que sí se hace criticable, sin embargo, es la tipificación vaga e indeterminada del tipo de injusto referido³⁷⁴.

³⁷³ No citamos el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas (art. 379.2 del CP) porque, aunque esté construido como tipo de peligro abstracto, la jurisprudencia ha matizado este aspecto, existiendo algunos juzgados del TS, como la STS 3/1999, de 9 de diciembre, en que se exige “un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico etc.)”. Vid. TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 3/1999, 9.XII.1999. Ponente: PUERTA LUIS, Luis Román.

³⁷⁴ Al respecto, es paradigmática la STC 136/1999, de 20 de julio (Ponente: PI-SUNYER, Carles Viver), por la cual se juzgó a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. En el fallo respectivo resultó reconocida la inconstitucionalidad del art. 174 bis a) del CP de 1973 por menoscabo al principio de proporcionalidad o, como afirmado expresamente, por “vulneración del

Cumple destacar que la doctrina contemporánea, considerando el panorama de anticipación de la reacción penal hasta marcos remotos, ha buscado criterios para un adecuado dimensionamiento de la configuración del tipo objetivo de peligro abstracto, particularmente en lo que concierne a la *reformulación de la clásica idea de que el peligro constituye sólo el motivo del legislador en la incriminación*. En efecto, se han formulado propuestas estimables para que se considere, como criterio de imputación, la necesidad de que la concreta conducta del sujeto sea pertinente y adecuada a dicho motivo (de la incriminación), lo que fundamenta el carácter efectivamente *injusto* del supuesto de hecho, con independencia, por supuesto, de que se produzca una situación de riesgo hacia el bien jurídico tutelado.

Como lo expresa MENDOZA BUERGO, “(e)n los delitos de peligro abstracto la peligrosidad típica como atributo de cierta *clase* de conductas y no necesariamente de la acción individual, es no solo *motivo* para su incriminación sino también el dato en el que se quiere fundamentar la afirmación de la adecuación típica y del carácter

principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas”. Se discutía, en aquel entonces, la comprensión típica de la conducta concreta de divulgación, por los miembros de la Mesa de Herri Batasuna, de cintas magnéticas producidas por la banda armada ETA, en torno a la redacción omnicompreensiva del tipo penal, que aludía a “cualquier acto de colaboración”. Pese a la vaguedad de la descripción – que conforma un tipo de peligro abstracto – el Tribunal Constitucional no le ha vinculado un matiz de ofensa al mandato de certeza, sino una ofensa a la Constitución que se deduce de la desproporción entre la entidad de los actos de colaboración y las elevadas penas que legalmente les corresponden. A pesar de ello, no cabe duda de que la redacción amplia e indeterminada era lo que permitía la comprensión en el tipo de conductas de muy distinta gravedad, incluso algunas de menor entidad, a las cuáles se les vinculaba una pena desproporcionada.

injusto del hecho”³⁷⁵, con lo que, siguiendo la misma autora, “(...) el comportamiento *formalmente coincidente* con el descrito en el tipo debe reputarse típicamente relevante y ello aunque en concreto carezca por completo de peligrosidad para el objeto de protección”³⁷⁶.

De acuerdo con esa apreciable concepción, a pesar de que no se exija una situación concreta de peligro (aquí se trataría de un delito de peligro concreto) ni una aptitud peligrosa de la acción concreta (aquí sería el caso de un delito de peligro hipotético), la configuración del tipo de injusto no se hace por la mera práctica formal de la conducta, sino que se requiere un *contenido de injusto*, referido pero no reductible al motivo de la incriminación³⁷⁷.

³⁷⁵ MENDOZA BUERGO, Blanca, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 9, Madrid, 2002, págs. 39 a 82, esp. pág. 41.

³⁷⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, op. cit., pág. 41.

³⁷⁷ Según señala expresamente MENDOZA BUERGO, “(l)a configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, pág. 42: “(...) la afirmación de la peligrosidad en general de una clase de acciones no permite, por sí sola, la afirmación de la peligrosidad de la concreta conducta; con las referencias a la relevancia lesiva en general de la acción y la mayor eficacia en la protección de bienes jurídicos que se logra a través de la creación de delitos de peligro abstracto, se alude a la *razón* por la que el legislador incrimina determinado comportamiento, pero ello no basta para la legitimación de tal proceder. Entender lo contrario supone confundir la funcionalidad de una determinada regulación normativa con la cuestión de su legitimación”, en MENDOZA BUERGO, Blanca, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, op. cit., pág. 42.

Así pues, el “motivo del legislador” es algo suficiente para la afirmación de la peligrosidad abstracta hacia el bien jurídico, pero a efectos de configuración del tipo representa un *dato orientador*. Es decir: se trata de identificar si la conducta concreta, aunque no sea peligrosa en sí, se reviste de *carácter injusto* considerando la razón motivadora de la incriminación.

De ese modo se infiere un nítido tenor de *culpabilidad*³⁷⁸ en la valoración de la tipicidad del delito de peligro abstracto, lo que, dada la característica amplia y expansiva propia de esta suerte de incriminación, constituye sin duda un dato normativo de necesaria referencia en torno al mismo objetivo, antes referido, de situar al Derecho Penal dentro de su función protectora de bienes jurídicos, de modo que la intervención, ya en el plano de la imputación objetiva, se justifique bajo bases normativas y no meramente formales.

³⁷⁸ Como se lo reconoce expresamente, “(l)a tesis que aquí pretende defenderse es que la imputación de injustos penales parece requerir algo más que basar el injusto a través de generalizaciones o infracciones meramente formales de estándares de conducta; más bien parece requerir un *contenido de injusto propio* del hecho concreto que fundamente así la *culpabilidad* por la omisión del mismo y la consiguiente imposición de una *pena* al autor”, en MENDOZA BUERGO, Blanca, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, págs. 43 y 44. ROXIN, a propósito, ya refería hace algún tiempo la tendencia doctrinal a situar la problemática del peligro abstracto en torno al principio de culpabilidad: En este grupo de casos (...) se reconoce hoy en la ciencia que hay que ponerlos en concordancia con el principio de culpabilidad, pero hay polémica sobre la clase de la necesaria restricción”, en ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., pág. 409.

**B) Delitos de aptitud para la producción de un daño,
de peligro hipotético o de peligro intrínseco**

La doctrina no siempre está atenta a la distinción, actualmente irrecusable, entre delitos de peligro abstracto y, en particular, *delitos de peligro “hipotético”*, según la más difundida expresión de TORÍO LÓPEZ, quien en la dogmática española ha desarrollado con mayor profundidad las características de dicha especie³⁷⁹. De esta manera, se reúnen en este dominio aquellos delitos cuya conducta encierra en sí misma una *potencialidad peligrosa*, aunque en concreto no se produzca ninguna situación de riesgo. En este caso, por lo tanto, el peligro no se presume, sino que está asociado a la aptitud genérica de la acción de producir algún resultado lesivo. Tal y como señalado por el TS, “(e)n estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la

³⁷⁹ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *ADPCP*, tomo XXXIV, fasc. II y III, Madrid, mayo-diciembre 1981, págs. 825 y sig.

idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro”³⁸⁰.

Por otra parte, es importante referirse a ESCRIVÁ GREGORI, pues, ya antes del advenimiento de la más corriente expresión “delitos de peligro hipotético”, aludía a los *delitos de aptitud para la producción de un daño*, así definidos por él: “El Código, en otros supuestos, no se refiere expresamente al peligro, pero sí emplea expresiones que cabría reconducir dentro de una noción lata de delitos de peligro por reunir características propias de los mismos al castigar ciertas conductas idóneas para la producción de resultados genéricos, idoneidad exigida en el tipo. Constituyen lo que podríamos llamar *delitos de aptitud para la producción de un daño*. Así, el artículo 341 castiga la elaboración sin autorización de ‘productos químicos que *puedan causar estragos*’. El 342 se refiere a quienes hallándose autorizados ‘para el tráfico de substancias que *puedan ser nocivas* a la salud o productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior’ incumplieren ciertas formalidades”³⁸¹.

Se trata, por tanto, de figuras de delito en que *los propios elementos típicos* conforman una *situación de peligro intrínsecamente vinculada a la acción*. No bastará entonces con realizar la acción si ésta no supone en sí misma una

³⁸⁰ TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 5464/2016, 15.XII.2016. Ponente: VARELA CASTRO, Luciano.

³⁸¹ ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en la teoría del delito*, Universidad de Barcelona – Secretariado de Publicaciones Intercambio Científico y Extensión Universitaria, Barcelona, 1976, pág. 09.

potencialidad/aptitud de provocar daños globales, puesto que la acción *típica* es *intrínsecamente peligrosa*, habiendo además una referencia en el tipo de injusto en torno a este carácter peligroso.

De ahí que sea preferible la expresión, sugerida por POLAINO NAVARRETE, *peligro intrínseco*, en lugar de “peligro hipotético”, ya que “la característica de la ‘peligrosidad’ no se desvanece en una mera eventualidad hipotética, sino que es requisito consustancial e inherente la acción realizada”³⁸². El mismo jurista define así los delitos de peligro intrínseco: “Determinados delitos no exigen la producción de la lesión ni del peligro del bien jurídico, pero sí la ejecución de una acción que por sus características acredita una situación de objetiva peligrosidad hacia el objeto de protección de la norma, de suerte que aunque no se traduzca en la producción de un peligro concreto es en sí misma portadora de todas las características inherentes a la propia situación de peligro”³⁸³.

Se distinguen los delitos de peligro intrínseco de los delitos de peligro abstracto debido al hecho de que, en lo que se refiere a estos últimos, la acción típica no tiene en sí misma –por lo menos no necesariamente– una *aptitud concreta para generar daños globales* (acción intrínsecamente peligrosa), sino una mera *aptitud*

³⁸² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, op. cit., pág. 619. Vid. también POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 132.

³⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, op. cit., pág. 619.

abstracta y presumida, sólo considerada por el legislador en el momento de la incriminación. Conforme a MARTOS NUÑEZ, “(l)os delitos de peligro hipotético no exigen la producción de un resultado de peligro efectivo, cierto y empíricamente constatable (como sucede con el peligro concreto). Para su apreciación, no basta la mera comprobación de la infracción normativa sobre la materia ambiental, para entender consumado el tipo (como sucede con el peligro abstracto). En los delitos de peligro hipotético se requiere verificar que la acción descrita en el tipo presenta una idoneidad objetiva para lesionar el bien jurídico: o sea, un juicio *ex ante* de la peligrosidad de la acción concreta, pero sin exigir que en el caso concreto se materialice efectivamente y de forma constatable ese peligro sobre el objeto de la acción”³⁸⁴.

La tenencia de determinadas armas (delito de peligro abstracto previsto en el artículo 563 del CP español), por ejemplo, por sí sola configura un tipo de injusto, con independencia de que en concreto esta conducta tenga o no aptitud generadora de daños: vale decir, no se necesita ni un peligro concreto (resultado) hacia el bien jurídico protegido (seguridad colectiva), ni siquiera una aptitud concreta de la acción para producir daños genéricos. El legislador, eso sí, consideró en la incriminación que tener armas es una conducta abstractamente peligrosa y por ese motivo optó por criminalizarla, con independencia de que en concreto dicha acción típica asuma un carácter arriesgado.

³⁸⁴ MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, *El delito de contaminación acústica*, Iustel, Madrid, 2010, pág. 31.

Ya en un delito de estragos (artículo 341 del CP) no basta con la mera elaboración de productos químicos, sino que se exige una *aptitud* de esta acción de generar daños globales a la salud, aunque específicamente no genere un peligro concreto hacia ese bien jurídico. En suma, en los delitos de peligro intrínseco hay *aptitud concreta para producir daños genéricos*, mientras que en los delitos de peligro abstracto existe *aptitud abstracta, presumida por el legislador, en orden a la producción de daños*.

Algunos ejemplos más de delitos de peligro hipotético son: delito de tráfico de drogas previsto en el artículo 368 del CP³⁸⁵; delito contra el medioambiente previsto en el artículo 325 del CP³⁸⁶. En estos casos, no basta con practicar la conducta: se exige su potencialidad/idoneidad genérica para lesionar los bienes jurídicos protegidos, aunque no se imponga la concreta puesta en peligro de esos bienes.

³⁸⁵ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “Delitos contra la salud pública”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 366. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 678.

³⁸⁶ MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, “Introducción al Derecho Penal Ambiental”, en MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio (Dir.), *Derecho Penal Ambiental*, Exlibris, Madrid, 2006, págs. 15-51, esp. 50. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 591.

C) Sobre la causalidad en los delitos de peligro abstracto y en los delitos de peligro hipotético, con referencia a los tipos comisivos

En los delitos de peligro abstracto y en los de peligro hipotético no cabe hablar, a efectos de perfeccionamiento del tipo penal, de una causalidad real-natural, sino sólo de una *causalidad normativo-abstracta*, por dos razones fundamentales: (i) como delitos de mera actividad, los delitos de peligro abstracto y los de peligro hipotético no se vinculan a un resultado en sentido naturalístico, con relación al cual pueda establecerse una relación física de causa y efecto; (ii) la “causalidad” normativa en este ámbito se configura con referencia sólo hipotética o abstracta hacia el bien jurídico tutelado.

Así pues, en cuanto a los delitos de peligro abstracto, ni siquiera se exige una aptitud concreta de la acción para generar un daño global, por lo que la causalidad aquí se sitúa en el plano abstracto, considerada por el legislador en el momento de la incriminación.

Por ejemplo, la tenencia de determinadas armas (artículo 576 del CP) es un supuesto de hecho que el legislador consideró “causa” posible (abstracta) de un peligro a la seguridad colectiva; sin embargo, concretamente *no se exige* la *verificación real* de dicha causalidad. La acción, abstractamente peligrosa, debe valorarse desde el punto de vista de su contenido de injusto y no como causa real de

una situación de peligro (aunque concretamente sea peligrosa o cause un resultado de peligro, estos datos no son relevantes a efectos de configuración del tipo de injusto). Lo mismo sucede con el delito de conducción bajo los efectos del alcohol con respecto al bien jurídico *seguridad vial*, a pesar de que en este caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España tiende a exigir una concreta situación de peligro.

En lo que respecta a los delitos de peligro hipotético, la causalidad es asimismo exclusivamente normativa e hipotética. El tipo de injusto de peligro hipotético no contiene un resultado concreto de peligro, sino que exige tan sólo la potencialidad o aptitud peligrosa de la acción, es decir, la configuración de la conducta como *causa hipotética*, pero no necesariamente real de un daño global al bien jurídico. Así, no existe, desde el punto de vista del perfeccionamiento del tipo de injusto, una causalidad, precisamente porque no hay un resultado naturalístico. La acción es la hipotética causa de un posible resultado de peligro o de lesión hacia el bien jurídico tutelado y por tanto se muestra suficiente para la intervención penal.

Por ejemplo, con relación a los vertidos en un cauce fluvial “que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales” (artículo 325 del CP), no se trata de una causalidad real sino sólo hipotética, entre la conducta (vertidos) y el peligro de daño al bien jurídico (medio ambiente); no se exige que la acción provoque (cause) un daño o un peligro de daño, sino que *pueda causar*.

Al igual de lo que sucede con respecto al resultado, también la causalidad se comprende en un significado meramente normativo, sin ningún sentido natural-real. Diversa, sin embargo, es la realidad dogmática de los delitos de peligro concreto, de que se trata a continuación.

D) Delitos de peligro concreto: causalidad real de una situación material que suponga un peligro de daño al bien jurídico

Como se ha expuesto anteriormente, los delitos de resultado pueden revestir la forma de delitos de lesión (delitos de resultado lesivo) o de delitos de peligro concreto (delitos de resultado de peligro), según si el evento exterior causado por la práctica de la conducta sea de efectiva lesión o de puesta en concreto peligro del bien jurídico protegido. Los delitos de *peligro concreto* están presentes en la segunda hipótesis.

Conviene resaltar que, en efecto, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, aunque no de lesión sino de peligro *identificable*. Como lo expresa JAKOBS, “(e)l *peligro concreto* constituye resultado porque es algo más que la ejecución de una acción en una determinada situación objetiva: es el ocasionamiento

de una situación de peligro para un objeto de ataque determinado, realmente dado”³⁸⁷.

En esta esfera, el *resultado de peligro* significa una *modificación en el mundo exterior* producida por la conducta del sujeto (a él normativamente imputable) que signifique una situación de *probabilidad concreta* de daño al bien jurídico considerado. En tal caso, el peligro concreto ha de ser identificable como una situación que entra en el radio de acción del sujeto –de la que es causa– y que pone al interés jurídico en un contexto de probabilidad de lesión. Como señala CEREZO MIR, “(...) para que pueda hablarse de un *resultado* de peligro es preciso que un bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y que su lesión apareciera en ese momento como no absolutamente improbable”³⁸⁸.

Sin embargo, no se debe confundir el resultado *jurídico* de peligro, por un lado, con el resultado *material* (modificación exterior) que *jurídicamente signifique* un peligro de lesión al bien jurídico, por el otro. Resultado *jurídico* lo tienen todos los delitos de peligro, pues todos suponen un riesgo –presumido, hipotético o concreto– referido al bien jurídico. Como ya se ha demostrado en otro apartado, considerando la función que le es particularmente reservada al Derecho Penal, la respuesta punitiva se fundamenta con exclusividad en la lesión real o potencial hacia

³⁸⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 206.

³⁸⁸ CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo”, op. cit., pág. 49.

un bien jurídico, aunque sea una posibilidad remota o hipotética. Todos los tipos de injusto penales, por tanto, conllevan un resultado *en sentido jurídico*, incluso los delitos de peligro abstracto. Sólo los delitos de peligro concreto, no obstante, tienen una *situación material* concretamente delimitada, de la que se deduce el peligro al bien tutelado³⁸⁹.

Un ejemplo de tipo de peligro concreto se halla en el delito previsto en el artículo 348, apartado 1, del CP, (“Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, *poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente...*”). De esta manera, se exige un estado material peligroso

³⁸⁹ Así mantiene GIMBERNAT, en lo esencial, señalando que, “(...) a diferencia de la *lesión* de un bien jurídico, que sólo puede ser causada por una acción, en cuanto que supone *una modificación material dañosa en el mundo exterior* que necesariamente ha de tener su origen en una aplicación de energía, el peligro, en cambio, no es una modificación *dañosa* en el mundo exterior: es una amenaza de ésta, cuya presencia se establece sobre la base de un *juicio de probabilidad* que se elabora *intelectualmente* teniendo en cuenta los dos siguientes elementos: *el primero, de carácter material y positivo, consiste en la existencia (o en la creación) en el mundo exterior de un foco de peligro*; el segundo tiene un carácter especulativo, pero se fundamenta en el dato, *absolutamente real*, de que la *ausencia* o la *presencia* de medidas de precaución hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva. De todo ello se sigue que el *índice de riesgo* viene determinado por dos factores: por una parte, por la mayor o menor peligrosidad del foco, y por otra, porque esa peligrosidad sea contrarrestada (y en este caso, con mayor o menor eficacia) o no por medidas de precaución”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, op. cit., págs. 196 y 197.

(resultado) que conlleve una valoración de riesgo hacia los bienes jurídicos indicados (vida, integridad física, salud de las personas, medio ambiente), no bastando una idoneidad genérica e hipotética de la acción incriminada.

Se resalta así que el *resultado de peligro* no se debe entender en una dimensión meramente jurídica, sino referida a una base material, es decir, una *modificación en el mundo exterior, perceptible por los sentidos, que suponga una probabilidad o inminencia de lesión hacia el bien jurídico*. Traducida esta idea en el plano de la causalidad, puede afirmarse que *la acción del sujeto sólo puede ser causa de un resultado naturalístico*, ya que no puede existir *causalidad* en sentido material en torno a conceptos simplemente jurídico-normativos (lesión o peligro hacia un bien jurídico), sino sólo una consecuencia jurídica del hecho o una mera causalidad normativa, que a su vez comparece tanto en los delitos de mera actividad como en los delitos de resultado. Por lo tanto, la causalidad *real* respecto de los delitos de peligro existe exclusivamente en los tipos de peligro concreto y sólo cuando se estime un resultado *material* de peligro, es decir, una alteración exterior que suponga un estado peligroso al bien protegido. En cambio, en los delitos de peligro abstracto o hipotético no cabe plantear una causalidad, sino un riesgo al bien jurídico que sea presumido (peligro abstracto) o hipotéticamente vinculado a la acción (peligro hipotético). Eso es lo mismo, en suma, que sucede con todos los delitos de mera actividad, en que no se plantean problemas de causalidad real, sino sólo de lesión o peligro (abstracto o hipotético) hacia el bien jurídico (“resultado jurídico”, pero no naturalístico, de la acción).

V. La segunda pregunta:

¿hay omisión impropia en los delitos de peligro?

El artículo 11 del CP, relativo a la comisión por omisión, dispone que “los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación”. No se plantea aquí una cuestión autónoma de causalidad, sino que la imputación a título de omisión resulta establecida conforme al criterio de la *equivalencia con la causación del resultado*, es decir, equivalencia de la omisión con la acción típica causadora del resultado. Así pues, hay que limitar, como dicho, la comisión por omisión a los *delitos de resultado*, o sea, a los delitos que conllevan una *causalidad real*.

En efecto, las reflexiones antes planteadas conducen a la conclusión de que sólo es posible la comisión por omisión en los *delitos de resultado*, ya sea de lesión o de peligro hacia el bien jurídico protegido. En verdad, lo que se hace imputable al sujeto, a título de comisión por omisión, es la *modificación exterior* prevista en el tipo de injusto comisivo (normalmente oriunda de la acción incriminada, pero también de fuerzas naturales). Dicha modificación exterior es la que sí puede *significar o representar* una realidad jurídica de lesión o de peligro frente a un bien normativamente tutelado. Si se toma como ejemplo un delito de lesión, puede

decirse que el resultado típico del homicidio es la *muerte de la víctima* (modificación exterior producida en consecuencia de la acción de matar), lo que *jurídicamente* significa un daño al bien jurídico *vida*.

Por otro lado, considerando el referido delito de peligro concreto del artículo 348, apartado 1, del CP (*delito de riesgo provocado por sustancias explosivas y otros agentes*), la *literalidad* de la previsión típica contempla la situación de peligro (resultado) ya en su significado jurídico: “poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente”. Sin embargo, ello debe comprenderse como una *situación exterior, perceptible por los sentidos, que signifique peligro de lesión hacia los bienes jurídicos especificados*. Esa situación/modificación exterior constituye consecuencia (resultado) de las acciones incriminadas (“fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes (...”). De no ser así, la imputación de un resultado a título de comisión por omisión quedaría reducida a un aspecto puramente jurídico-normativo (lesión o peligro al bien jurídico), sin que se pudiera diferenciarla de las hipótesis de delitos de mera actividad, que asimismo conllevan un “resultado en sentido jurídico” de lesión (por ejemplo, las injurias) o de peligro (peligro abstracto o peligro intrínseco). Con referencia al tipo penal citado, el peligro concreto como resultado podrá identificarse, por ejemplo, en la *inminencia o probabilidad de explosión* de una sustancia inflamable (situación exterior) en consecuencia de la acción típica de

transporte realizada en un parque natural, lo que, desde el punto de vista jurídico, significa peligro concreto de lesión hacia el bien jurídico *medioambiente*.

En cambio, si se considera el delito de *peligro hipotético* contra el medio ambiente previsto en el artículo 325 del CP –que castiga a quien “provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”–, no hay (como exigencia típica) una modificación exterior en consecuencia de la acción, sino una mera aptitud genérica de “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. En esta hipótesis, no existe un resultado en sentido naturalístico (considerable a efectos de imputación por omisión), sino exclusivamente un “resultado jurídico” de peligro al bien jurídico tutelado, es decir, el medioambiente.

Lo mismo se puede decir de los delitos de peligro abstracto, en que hay un peligro, aunque presumido, como “resultado jurídico” de la acción incriminada. Ello porque, como ya se ha puesto de manifiesto, todo delito supone un “resultado jurídico” de lesión o de peligro, pues la función irrecusable del Derecho Penal – aunque en algunos casos se le añadan otras– es la de protección directa (lesión), indirecta (peligro concreto) o remota (peligro abstracto) de bienes jurídicos.

Sin embargo, el *resultado* de que trata el artículo 11 del CP es precisamente el *material-naturalístico*, como ya se ha destacado. En efecto, la propia redacción del dispositivo exige que se adopte la distinción entre delitos de mera actividad y delitos de resultado, al referirse como supuestos “los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado”, lo cual, *a contrario sensu*, significa que existen los delitos que *no consistan en la producción de un resultado*, y como visto sólo los hay si se toma el resultado en su sentido causal-naturalístico. A este punto de partida, obviamente, se añade el aspecto *normativo* de la imputación objetiva del resultado (desvalor del resultado), considerando los límites entre riesgo permitido y riesgo prohibido, lo que no modifica la cuestión esencial de que exclusivamente el *resultado naturalístico* es imputable a título de comisión por omisión.

En síntesis, *en principio* sólo los delitos de peligro concreto *comportan* comisión por omisión, ya que los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro intrínseco, *por lo general*, no tienen un resultado *propio*, pues constituyen delitos de mera actividad³⁹⁰. Así, no se puede imputar al omitente un hecho de falso testimonio (delito de peligro abstracto, previsto en los artículos 458 - 461 del CP español), que no produce ningún resultado típico.

Así planteado el problema, surgen, no obstante, complicaciones de relieve en el ámbito de la dicha *intervención activa sobre un objeto*, que sí puede existir en los

³⁹⁰ El Tribunal Supremo, con todo, ya ha considerado la posibilidad de la comisión por omisión en el ámbito de un delito de peligro hipotético. Al respecto, vid. TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 5464/2016, 15.XII.2016, Ponente: VARELA CASTRO, Luciano.

delitos de peligro abstracto y en los delitos de peligro intrínseco, lo que los convertiría en *delitos de resultado* (*diríamos resultado impropio, pues no es él, sino la acción, que en sí misma supone el peligro hacia el bien jurídico*), considerando el dato *exterior distinto* de la acción que la intervención supone³⁹¹. Cabría preguntar aquí si introducir materiales en el suelo que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (delito de peligro hipotético previsto en el artículo 325 del CP), por ejemplo, configura o no una *intervención* activa sobre un objeto (en su caso el suelo) y si, en caso positivo, ese *resultado – digamos – impropio* se le puede imputar al omitente garante en los términos del artículo 11 del CP español. La cuestión se reviste de evidente complejidad y debe ser dimensionada con el debido criterio, ya que una expresiva parte de los tipos de peligro abstracto o hipotético representan alguna suerte de intervención activa.

Antes que todo, la *intervención* significa *conducción activa física sobre un determinado objeto* y, si la acción descrita en el tipo penal conlleva dicha intervención, cabe situar una realidad material vinculada a la conducta, no obstante distinta de ella. Introducir sustancias contaminantes al suelo (acción), por ejemplo, supone una intervención física que genera un suelo contenedor de la sustancia. Pero el peligro hipotético que dicha acción supone deriva antes de todo de ella misma,

³⁹¹ Al respecto, entiende JAKOBS que, “(...) también en los delitos de mera actividad se da resultado, siempre que – como ocurre por lo general – la actividad se describa como intervención activa sobre un objeto (conducir un *automóvil*)”, resaltando que “la intervención cabe separarla, como resultado, de la acción”, en JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 951 y 952.

incluso porque las dos realidades (introducción de la sustancia y suelo contaminado) son simultáneas; no hay entonces una autonomía de este “resultado impropio” como generador de peligro.

En este contexto, es necesario considerar, a efectos de establecer una imputación por omisión impropia, dos factores esenciales: (1) la existencia de una *intervención física propia del omitente*; (2) y sobre todo, la *correspondencia con la acción*. Según estos criterios, no habría una amplia posibilidad de imputación por omisión impropia en los delitos de peligro abstracto o hipotético, sino una posibilidad *limitada* y dependiente de un peligro concreto asociado al omitente, siempre en torno a la noción de la equivalencia o no de la conducta omisiva con la acción prevista en el tipo penal.

En primer lugar, cumple *condicionar* la posibilidad de imputación por omisión impropia en los delitos de peligro abstracto a la *existencia de un peligro concreto*. La presunción del peligro supone, como se ha visto, una imputación *normativa* fundada en el contenido de injusto de la acción. En esta hipótesis, aunque exista intervención activa sobre un objeto, el desvalor de la acción no se puede equiparar a la omisión del sujeto, a menos que se considere la posibilidad dañosa concreta, lo que en todo caso remite la cuestión al ámbito de los delitos de peligro concreto.

Se puede tomar como ejemplo el caso de la *conducción bajo influencia del alcohol*. Si uno le presta o de otro modo permite que un sujeto embriagado conduzca

un vehículo, el titular de éste responde por omisión sólo en caso de que se sobrevenga un resultado en sentido propio, vale decir, que signifique por lo menos un real peligro de daño. Y ello por tres razones fundamentales: (1) *de lege lata*, el artículo 11 del CP se refiere a delitos que, “consistan en la producción de un resultado”, lo que no se debe reconducir a la mera intervención, puesto que ese resultado conceptualmente no existe en los delitos de mera actividad; asimismo, el deber de garante se condiciona a la evitación de un resultado, y no de una acción; (2) la omisión del sujeto ha de ser equiparable a la acción, lo que en último análisis sólo puede suceder si hay un peligro concreto (resultado) en consecuencia de la acción, aunque ésta misma pueda ser suficiente (si se acepta que se trata de un delito de peligro abstracto) para la imputación del tipo comisivo al conductor.

Lo mismo se refiere a los delitos de peligro hipotético: quien no evita, teniendo el deber de hacerlo, la acción de introducir sustancias nocivas en el suelo (lo cual podrá producir daños al medio ambiente), sólo responde si se produce un peligro concreto de lesión hacia el bien jurídico considerado. Eso se debe a que la omisión *sólo puede equivaler* a la acción de introducir sustancias si hay una referencia del *resultado de peligro*; para la equivalencia y la correlacionada imputación del hecho al omitente, no basta con la práctica de la acción peligrosa en sí misma, aunque suponga una intervención. Dicho en otros términos, la omisión sólo se revestirá de gravedad equiparable a la acción si ésta ocasiona por lo menos un resultado de peligro.

La tesis que aquí se sostiene radica esencialmente en el carácter específico de los delitos de *peligro*, en el que hay que considerar la *intervención* desde un punto de vista *limitado*. En un delito de agresiones sexuales (delito dicho de mera conducta, pero de lesión hacia los bienes jurídicos protegidos), la existencia de una intervención sí puede conformar una equivalencia entre acción y omisión: a la conducta del agresor sexual activo se equipara la omisión del garante, que se mantiene inerte ante una situación de nítido daño. Pero lo mismo no se puede concluir respecto de los delitos de peligro: la conducta de emitir sustancias a la atmósfera *que puedan producir daños* (posibilidad abstracta) no se equipara en entidad a la omisión del garante que no lo impide, a no ser que se produzca por lo menos un peligro concreto; del mismo modo, la conducta de conducir un vehículo automotor bajo influencia del alcohol no equivale a la omisión del garante que no lo impide, a no ser que sobrevenga por lo menos un peligro concreto identificable.

La existencia del peligro concreto con relación al omitente representa, a nuestro juicio, el único criterio viable a efectos de establecer la equivalencia entre acción y omisión. De no ser así, la peligrosidad abstracta o hipotética pensada con referencia a la *acción* incriminada se extendería a la omisión en parámetros intolerablemente inciertos y movedizos, considerando: (i) que el carácter de la definición del deber de garante es normativo y ampliamente discutible; y sobre todo (ii) que la peligrosidad *abstracta o hipotética*, debido a su propia indefinición, sólo puede estar *inherentemente* asociada a la *acción*. El primer punto impone un control especial de la imputación por omisión impropia, inconcebible en lo que respecta a

los conceptos incontrolables de peligrosidad. Pretender que el sujeto se haga responsable de evitar una acción abstracta o hipotéticamente peligrosa, con independencia de cualquier resultado concreto de riesgo, significa conducir la intervención penal a niveles insoportablemente expansivos.

Además, hay que considerar que el ordenamiento jurídico-penal español, al contrario del alemán³⁹², no prevé ninguna hipótesis de atenuación de la responsabilidad del omitente, lo que con más razón impone que la imputación por omisión impropia se haga lo más aproximadamente posible en términos de su equivalencia con la acción típica. Se sostiene aquí, por tanto, que la imputación a título de omisión impropia, en el ámbito particular que nos ocupa, sólo se configura como imputación de un *resultado*, incluso en lo atinente a los delitos de peligro abstracto y a los delitos de peligro hipotético. Así pues, aunque la acción abstracta o hipotéticamente peligrosa sea suficiente para la imputación del delito de mera conducta al sujeto que la realiza, la imputación a título de omisión impropia al sujeto garante depende de la producción de un resultado de peligro o de lesión, incluso en los casos de intervención.

VI. Imputación del resultado de peligro concreto a título de comisión por omisión

³⁹² § 13, apartado 2, del StGB.

Conviene referirse, por su particular naturaleza, a los rasgos específicos que la imputación de un resultado de peligro concreto asume en el dominio de la comisión por omisión. En este ámbito hay que considerar la posición de garante como deber de contención de una fuente de peligro desaprobado, como ya resaltado. Significa decir que, particularmente, el garante está obligado a evitar que una fuente de riesgo desaprobado se convierta en un *resultado de peligro penalmente típico*.

Además, puede darse el caso de que la *creación del riesgo desaprobado*, no contenida por el sujeto, ya configure por sí misma un resultado de peligro por el cual responderá el omitente, si existe en concreto el deber de garante. Dicho deber surge en el momento de la *previsibilidad o actualidad de la conversión del riesgo permitido en desaprobado*. En los delitos de peligro concreto, puede suceder que (i) dicha conversión sea el inicio (riesgo desaprobado) de una ulterior producción de un resultado penalmente típico de peligro; o (ii) la conversión ya represente por sí misma el resultado penalmente típico de peligro.

Ejemplo de la primera hipótesis (*riesgo desaprobado con posterior creación de un resultado típico de peligro*): con referencia al delito previsto en el artículo 348, apartado 1, del CP (*delito de riesgo provocado por explosivos y otros agentes*)³⁹³, el empresario que opera con la fabricación, transporte y/o

³⁹³ Artículo 348, apartado 1, CP: “Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y

comercialización de sustancias inflamables debe cuidar de que sean observadas las normas de seguridad, de modo que no se produzca un previsible peligro a la integridad física o a la salud de las personas, o al medio ambiente. Aquí se verifican dos elementos: (A) la observancia de las normas de seguridad y (B) el peligro concreto contra los bienes especificados³⁹⁴. Si no se observan concretamente las normas de seguridad (A), sucede la conversión del riesgo permitido en riesgo desaprobado (B), pero no todavía el resultado de peligro (concreto riesgo a la salud de las personas o al medio ambiente) que el empresario está obligado, como garante, a evitar. Es decir: la inobservancia de las normas de seguridad (conversión del riesgo permitido en riesgo desaprobado) es que origina para el empresario el deber de

asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a doce años. Las mismas penas se impondrán a quien, de forma ilegal produzca, importe, exporte, comercialice o utilice sustancias destructoras del ozono”.

³⁹⁴ Conforme decidido por el Tribunal Supremo en la STS 4946/2009, “(...) se trata [el delito del art. 348 del CP] de un delito común (puede cometerlo cualquiera), de una norma penal en blanco (en cuanto precisa la infracción de las normas de seguridad establecidas en cada caso), de peligro concreto (para la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente) en cuanto supone un adelantamiento de la intervención penal a momentos anteriores a la efectiva producción de los correspondientes resultados lesivos (de dimensiones catastróficas) que exige una relación de causalidad entre la infracción de las normas citadas y el resultado de peligro concreto, y que sólo es penalmente punible su comisión dolosa (al no estar prevista en el Código su comisión por imprudencia), en TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 4946/2009, 13.VII.2009, Ponente: PUERTA LUIS, Luis Román.

evitar que sobrevenga una situación de peligro concreto a la salud de las personas o al medio ambiente. Si sucede la inobservancia de las normas de seguridad pero no la situación concreta de peligro, no existe imputación objetiva por omisión impropia, ya que a la situación de riesgo desaprobado no se siguió el resultado típico de peligro concreto³⁹⁵.

Ejemplo de la segunda hipótesis antes referida (*riesgo desaprobado que en sí mismo ya constituye un resultado de peligro*): en relación al delito previsto en el artículo 343, apartado 1, del CP (*delito relativo a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes*)³⁹⁶, el empresario que opera con energía nuclear o elementos radioactivos tiene la previsibilidad objetiva de que se produzca su liberación, asumiendo de forma correlativa el deber de adoptar medidas de precaución para que

³⁹⁵ Como expone REQUEJO CONDE, el tipo (...) exige una relación de causalidad entre la infracción de las normas citadas [normas de seguridad] y el resultado de peligro concreto” y “(e)l delito queda consumado desde el momento en que se causa el peligro concreto para la vida, la integridad o la salud de las personas o para el medio ambiente”, en REQUEJO CONDE, Carmen, “Delitos de Riesgo Catastrófico”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 2010, págs. 333-348, esp. 345.

³⁹⁶ Artículo 343, apartado 1: “El que mediante el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes, o la exposición por cualquier otro medio a dichas radiaciones ponga en peligro la vida, integridad, salud o bienes de una o varias personas, será sancionado con la pena de prisión de seis meses a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años. La misma pena se impondrá cuando mediante esta conducta se ponga en peligro la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas”.

dicho resultado de peligro³⁹⁷ (a la vida o la salud de las personas, o a sus bienes, o aún al medio ambiente) no sobrevenga; en este caso, previamente hay sólo una previsibilidad de la conversión del riesgo permitido en prohibido y si eso sucede ya quedará configurado el resultado de peligro por el cual responderá el garante. En esta hipótesis, la creación del riesgo desaprobado coincide con el momento del perfeccionamiento típico, por la realización del resultado de peligro concreto (peligro a la vida, a la salud etc.), en consecuencia, de la acción típica de liberación de elementos radioactivos. La *previsibilidad* de ese resultado origina para el empresario el deber de garante.

En todo caso, hay que insistir en que el punto de referencia es la *situación material peligrosa* (en el caso del art. 343.1, la presencia en el medio ambiente de elementos radioactivos liberados por acción del sujeto), que signifique jurídicamente un menoscabo potencial al bien tutelado³⁹⁸. Los elementos radioactivos liberados,

³⁹⁷ Conforme a REQUEJO CONDE, en el delito en cuestión, “(s)e concreta (...) y resalta el carácter de delito de peligro concreto cercano a una tentativa de resultado, incluyéndose al medio ambiente, a la flora y a la fauna como bienes protegidos que pueden ser puestos en peligro o lesionados. Pero si la contaminación es radioactiva, la realización de la acción (vertido, emisión) habrá ya superado el resultado (puesta en peligro de la calidad de objetos medioambientales) y los habrá lesionado”, en REQUEJO CONDE, Carmen, “Delitos de Riesgo Catastrófico”, op. cit., págs. 333-348, esp. 337.

³⁹⁸ La doctrina tradicionalmente clasifica los delitos de peligro concreto, con todo, siempre como delitos de mera actividad, al identificar en esta especie sólo un resultado jurídico, sin expresión natural en el mundo exterior. Como ya se ha exhaustivamente expuesto en este capítulo, nosotros no adoptamos esta orientación, ya que nos parece que sí puede existir una expresión material, separable espacio-temporalmente de la acción, que representa el peligro al bien jurídico

por ejemplo, en una zona habitada (situación material) suponen un peligro a las personas que viven allí, lo que constituye la base naturalística de la que se deduce la *probabilidad concreta* de daño a la vida o a la salud. Sin esa referencia material, el análisis del resultado en los delitos de peligro concreto dependería sólo de una vaga operación intelectual, sin que se lograra una distinción segura de esta suerte de delitos frente a los delitos de peligro hipotético, por ejemplo.

El hecho de que no se produzca un daño es irrelevante si hay un *ámbito concreto determinado* –considerando el ejemplo citado de la zona habitada donde se liberaron los elementos radioactivos– en que dicha lesión se hace no sólo posible,

protegido. Con base en el ejemplo del delito del art. 343, 1, del CP, puede decirse que la presencia de los elementos radioactivos en el medio ambiente es la situación material y natural causada por la acción y que constituye, desde el punto de vista jurídico, el peligro concreto al bien normativamente tutelado. De todas maneras, no rechazamos la posibilidad de un delito de mera actividad y de peligro concreto, si la acción en sí misma, sin generar ningún resultado, ya representa un peligro concreto al bien jurídico. En efecto, si el delito de mera actividad puede ser incluso un delito de lesión, con más razón puede constituir, en algunos casos, un delito de peligro concreto. ACALE SÁNCHEZ, por ejemplo, considera el delito del art. 261 del CP un delito de mera actividad y de peligro concreto. La cuestión es que no hay una correlación necesaria entre delitos de mera actividad y delitos de peligro, por un lado, y entre delitos de resultado y delitos de lesión, por otro, ya que los parámetros aplicables son diferentes: en el ámbito de los delitos de mera actividad y los delitos de resultado, se aplican criterios naturales y materiales (la existencia o no de un resultado natural); ya en el marco de los delitos de lesión y los delitos de peligro, se consideran criterios normativos (la existencia o no de un resultado jurídico). Conforme también a ACALE SÁNCHEZ, citando a STRATENWERTH, “(...) existen delitos de mera actividad y de peligro, de mera actividad y de lesión, de resultado y de peligro y, finalmente, de resultado y de lesión”. Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los Delitos de Mera Actividad”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 10, 2002, págs. 11-45, esp. 21 y 27.

sino probable. Esto es lo que singulariza a los delitos de peligro concreto con resultado determinado, ya que éste sí se hace imputable, a título de omisión impropia, al garante que no lo impida, pudiendo hacerlo.

CAPÍTULO VI

ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL DE LA EMPRESA Y RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL ÓRGANO DIRECTIVO

I. Consideraciones iniciales

La cuestión que se plantea en torno al tema de la comisión por omisión del empresario es respecto a si hay criterios especiales de imputación reservados a la criminalidad económico-empresarial, o, si este ámbito particular, por el contrario, obedece a los criterios generales ya antes examinados³⁹⁹.

Antes de contestar a esta cuestión, objeto de complejos debates y propuestas en la dogmática penal contemporánea, conviene analizar la realidad estructural y funcional de la empresa, con vistas a estimar si realmente se justifica la construcción de criterios especiales de imputación objetiva en el marco de la responsabilidad

³⁹⁹ Vid. *supra* Cap. IV – Imputación del Resultado en la Comisión por Omisión: Supuestos y Criterios Normativos.

penal de los diversos sujetos integrantes de la organización empresarial, en particular respecto al administrador de la unidad.

Tras dicho estudio, se abordará en el capítulo siguiente el tema de los deberes de garantía del órgano directivo de la empresa⁴⁰⁰ y la correlativa posibilidad de imputársele un resultado típico a título de omisión.

II. La empresa como estructura y actividad organizada: principios de jerarquía, de división de trabajo y de gestión de riesgos

La empresa, según la conocida formulación del jurista italiano ALBERTO ASQUINI, constituye el ejercicio profesional continuado de cualquier *actividad económica organizada* con la finalidad de producción y circulación de bienes o servicios, conformándose como *fenómeno económico poliédrico* que reúne las dimensiones (perfiles o *profili*) *subjetiva* (empresa como *sujeto emprendedor*), *funcional* (empresa como *actividad emprendedora*), *objetiva* (empresa como *patrimonio*) e *institucional* (empresa como *organismo social*)⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Vid. *infra* Cap. VII.

⁴⁰¹ ASQUINI, Alberto, “Profili dell’impresa”, en ASQUINI, Alberto, *Scritti giuridici*, vol. 3, Cedam, Padova, 1961, págs. 121-148.

En sentido similar, pero realizando las dimensiones de *organizzazione* y de *attività*, así como la interacción entre ambas, COSI OPPO concibe la empresa como *realità jurídica global*, construida por el vínculo y por la síntesis ‘*organizzazione-attività*’, en que la organización empresarial está en función de la actividad y, sobre todo, *la attività está en función de la organizzazione* no sólo en el sentido de que la presupone y la utiliza, sino también de que la sostiene y la desarrolla en el mercado⁴⁰².

Las posiciones recién referidas⁴⁰³ parten del concepto de empresario o *imprenditore* (emprendedor) establecido en el artículo 2.082 del Código Civil italiano, por el cual se considera *imprenditore* quien, “(...) ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de producción o de intercambio de bienes o de servicios”⁴⁰⁴.

⁴⁰² COSI OPPO, Giorgio, “Realtà jurídica globale dell’impresa nell’ordinamento italiano”, en COSI OPPO, Giorgio, *Diritto dell’impresa: scritti giuridici*, vol. 1, Cedam, Padova, 1992, págs. 174 y sig.: “La realtà globale dell’impresa è dunque anche sul piano giuridico e normativo nel collegamento e nella sintesi ‘organizzazione-attività’; ed il collegamento dei due dati è in termini di funzione (se non di ‘intenti’ soggettivi). L’organizzazione è in funzione dell’attività. Ma anche l’attività è in funzione dell’organizzazione, né ciò significa funzionalizzare l’impresa ad altro che a se stessa: è in funzione dell’organizzazione non solo nel senso che la presuppone e la utilizza, ma nel senso che la sostiene, la sviluppa, la afferma sul mercato, accumulando in essa produttività e dunque avviamento”.

⁴⁰³ Para un análisis profundizado de las tesis de ASQUINI y de OPPO, así como de los conceptos económico y jurídico de empresa, vid. MANFRIN, Federico, *Il sistema impresa-azienda. Nella sua natura economica e giuridica*, Cedam, Padova, 2011, págs. 122 y sigs.

⁴⁰⁴ Vid. Artículo 2.082 del Código Civil italiano.

En complemento, ahora con arreglo al artículo 1.665 del mismo Código, se añade otro elemento inherente a la actividad empresarial, es decir, la *gestión a riesgo propio*: es empresario quien “asume, con organización de los medios necesarios y con gestión a riesgo propio, el cumplimiento de un trabajo o de un servicio bajo una contrapartida en dinero”⁴⁰⁵.

Antes de proseguir, conviene resaltar que los aportes teóricos aquí discutidos se insertan en el ámbito de la *teoría de la empresa*, adoptada originariamente en el ordenamiento jurídico italiano, y que se caracteriza por la ausencia de distinción entre actos civiles (de empresa) y actos de comercio, que se reúnen ambos bajo la noción de *actividad empresarial*, asociada a la producción y a la circulación de bienes o servicios. Esa actividad empresarial, así como los sujetos (principalmente sociedades) que la desempeñan, están reglamentadas por un régimen único establecido en el Código Civil italiano. Así sucede igualmente en el Derecho brasileño, desde el advenimiento del Código Civil de 2002 (y la consecuente derogación del Código Comercial decimonónico)⁴⁰⁶.

El ordenamiento jurídico español, por el contrario, adopta la *teoría de los actos de comercio*, de tradición francesa, como lo revela el artículo 1 del lejano (1885) Código de Comercio, que considera *comerciantes* a los que se dedican de

⁴⁰⁵ Vid. Artículo 1.665 del Código Civil italiano.

⁴⁰⁶ Vid. Art. 966 del Código Civil brasileño: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

forma capaz y habitual al comercio, así como a las compañías mercantiles o industriales legalmente constituidas⁴⁰⁷.

Sin embargo, la doctrina y las tendencias jurídicas contemporáneas, incluso en España, se inclinan hacia el manejo del concepto de *empresa* a efectos de un tratamiento de las relaciones jurídicas propias del marco de la producción e intercambio de bienes y servicios económicos, abandonándose así la antigua noción de *comerciante*⁴⁰⁸.

Expuestas las bases anteriores, importa poner de relieve, con arreglo a las estructuras teóricas señaladas, los elementos de *organización y actividad*, pero también de *asunción de riesgo propio*, que conforman esencialmente el concepto jurídico de *empresa*.

⁴⁰⁷ Art. 1 del Código de Comercio: “Son comerciantes para los efectos de este Código: 1º. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2º. Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”. El artículo 2º, a su vez, define los *actos de comercio*: “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”.

⁴⁰⁸ “En la actualidad, el Derecho mercantil puede ser definido como el “(D)erecho privado especial del empresario y de la actividad empresarial (no solo comercial, sino también industrial y de servicios)”, en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *Derecho Mercantil: grado en relaciones laborales y recursos humanos*, Diego Marín, Murcia, 2013, pág. 14.

De los perfiles de *organización* y de *actividad* se desprenden los principios de *jerarquía* y de *división de trabajo*⁴⁰⁹. En efecto, la estructura funcional de la empresa supone (i) una dimensión *estática* de organización *jerárquica*, con escalonamiento de *ámbitos de competencia* en relaciones de *subordinación*, y (ii) otra dimensión *dinámica* de *ejercicio (actividad)* de las competencias conforme a la *división de trabajo* legal, estatutaria o contractualmente establecida.

La *actividad* conlleva, según la concepción de COSI OPPO, el desarrollo –vale decir, la *conducción*– de una presupuesta *organización*⁴¹⁰. De esta manera, los principios de *jerarquía* y de *división de trabajo*, bien entendidos, asumen no sólo un significado *estático* (de *organización*), sino también *dinámico* (de *actividad*) en torno a una *estructura dicha funcional* de la empresa, como fenómeno económico y jurídico⁴¹¹.

El contexto descrito conforma la empresa como un espacio de *riesgos*, ya sean inherentes a su propia estructura (organización, división de competencias), o ya sean propios del ejercicio de su actividad social en el mundo exterior. Esta realidad

⁴⁰⁹ Como expresan CERVINI y ADRIASOLA, la empresa es, “(...) una unidad organizada funcional que interactúa en el mercado, caracterizada internamente por la división vertical y horizontal de roles”, en CERVINI, Raúl / ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa – desde una visión garantista*, op. cit., pág. 112.

⁴¹⁰ COSI OPPO, Giorgio, “Realtà giuridica globale dell’impresa nell’ordinamento italiano”, op. cit., pág. 174.

⁴¹¹ COSI OPPO, Giorgio, “Realtà giuridica globale dell’impresa nell’ordinamento italiano”, op. cit., págs. 174 y sig.

compleja supone la existencia de *espacios de confianza* en la estructura jerárquica⁴¹², por un lado, y de *sistemas de control*, por otro⁴¹³.

El primer aspecto, de la confianza, se justifica por la imposibilidad de implantación de modelos de control integral de las actividades de todos los sujetos integrantes de la organización empresarial, lo cual además implicaría perjuicios a la propia gestión eficiente de la empresa⁴¹⁴.

Así pues, hay que aceptar a la empresa como un *espacio de riesgo de actuaciones desviadas*, por más eficientes que sean los sistemas de control. Tal y

⁴¹² “(...) la empresa no puede concebirse sin la necesaria confianza entre sus miembros (*ad intra*) y entre los agentes con los que interactúa”, en AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, “El factor confianza y la lógica del control en la empresa”, en *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XII, 2/09, 2009, págs. 13-60, esp. 27.

⁴¹³ Según AGUSTINA SANLLEHÍ, “(...) en el contexto de la creación de una atmósfera de confianza, el intenso impacto que ha supuesto la irrupción de nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha resultado ser, en la práctica tanto una fuente adicional para la corrupción de los trabajadores, como también una mejora en la capacidad de monitorización y vigilancia por parte del empresario”, en AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, “El factor confianza y la lógica del control en la empresa”, op. cit., págs. 13-60, esp. 19.

⁴¹⁴ Según RAGUÉS I VALLÉS, “(...) uno de los rasgos que caracteriza a las estructuras empresariales es que en ellas no todo el mundo debe hacerlo todo ni tiene tampoco por qué saberlo todo, y es precisamente esta posibilidad de dividir el trabajo lo que explica la existencia misma de la empresa como institución. En este contexto, la imposición de deberes muy estrictos de conocimiento a los administradores podría generar un efecto claramente perjudicial para una gestión ágil, por cuanto se echaría a perder una de las principales aportaciones de las estructuras empresariales, como es el de que cada uno pueda concentrarse en lo suyo sin tener que estar excesivamente pendiente de los demás”, en RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva”, en *Nuevas tendencias del Derecho Penal económico y de la empresa*, Ara Editores, Lima, 2005, pág. 601.

como señala AGUSTINA SANLLEHÍ, “(...) el trabajador [en la empresa] goza necesariamente de ciertos *espacios de confianza* (por la propia imposibilidad de implementar un *control omnicomprendivo*), que pueden inducir a la deslealtad, al abuzo de la confianza otorgada”⁴¹⁵.

En efecto, por más avanzadas y variadas las nuevas tecnologías de vigilancia, no hay posibilidad de un control omnipresente y total de la infinidad de actividades de todos los sujetos. Por otro lado, debe cuestionarse la propia efectividad y la dimensión ética de los modelos invasivos de vigilancia y control⁴¹⁶, proponiéndose adicionalmente –o alternativamente– modelos de autorregulación/autoevaluación y de justicia procedimental, que favorezcan la identificación de valores entre el empleado y la empresa⁴¹⁷. Tal y como expone NIETO MARTÍN, “(a)unque un

⁴¹⁵ AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *El Delito en la Empresa: Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Atelier, Barcelona, 2010, pág. 55.

⁴¹⁶ ALDER, G. Stoney, “Ethical Issues in Electronic Performance Monitoring: a consideration of deontological and teleological perspectives”, in *Journal of Business Ethics*, vol. 17, issue 7, May 1998, págs. 729-743.

⁴¹⁷ Según JOHN HASNAS, “(t)he intrusive monitoring and punitive measures associated with the command and control approach can reduce law breaking by employees – but not very much. The empirical research demonstrates that the self-regulatory, procedural justice approach is significantly more effective at reducing the level of illegal and unethical behavior among an organization’s employees than the command-and-control approach. Apparently, treating employees fairly causes them to identify their interests with those of the organization, thereby increasing their personal commitment to follow the organization’s rules. More significantly, when employees feel that they are being treated fairly by the organization, they are more willing to come forward and inform management about those within the organization who are breaking the rules”, en HASNAS,

programa de cumplimiento basado en la vigilancia proporcione un mayor control, no cabe duda de que el modelo de cumplimiento preferible debe ser el orientado a los valores, y ello por dos razones. Primera: porque el *compliance* entendido como control y vigilancia convierte a la empresa en una suerte de panóptico que afecta seriamente a derechos fundamentales como la intimidad, secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos. Resultaría además incompatible con el modelo de relaciones laborales europeo crear un sistema de vigilancia empresarial que menoscabe de manera tan desproporcionada los derechos de los trabajadores y sitúe al empresario en la posición de *big brother*. Segunda: porque, como antes señalaba, debemos renunciar a un *criminal compliance*. Los programas de cumplimiento que provienen del derecho administrativo, de la ética empresarial, de las normas de estandarización, etc., son claramente programas de prevención y no de vigilancia”⁴¹⁸.

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal de la propia empresa y de sus órganos, la cuestión que se plantea en este ámbito es la de *gestión eficiente – desde el punto de vista de la prevención de hechos delictivos– de los riesgos (risk management)* propios de la estructura organizacional y de la actividad de la

John, “Managing the Risks of Legal Compliance: Conflicting Demands of Law and Ethics”, in *Loyola University of Chicago Law Journal*, vol. 39, issue 3, 2008, págs. 507-524, esp. 517.

⁴¹⁸ NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en MONTIEL, Juan Pablo / KUHLEN, Lothar / URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 21-50, esp. 33 y 34.

empresa, por *modelos de protección económica* (riesgos externos), por *modelos de vigilancia y control* (riesgos internos) y por *modelos de continua autoevaluación, justicia procedimental y premiación destinados a la revelación de hechos ilícitos* (riesgos internos)⁴¹⁹.

En las actividades *a partir de la empresa (desde o hacia la empresa)*, con todo, es necesario diferenciar los (i) *riesgos externos o socio-económicos (macroeconómicos o microeconómicos) de procedencia externa* de los (ii) *riesgos internos, intrínsecos o estructurales, de procedencia interna*, lo que se realizará a continuación.

III. Riesgos propios de la empresa: riesgos socio-económicos de procedencia externa

A los elementos *estructural y funcional* de la empresa se añaden la *asunción y la gestión de riesgos* que supone toda actividad organizada de producción o de

⁴¹⁹ “Such programs typically require business organizations to (1) treat their employees with respect – i.e., to refrain from constantly monitoring their activities and making them feel spied upon, to reward trustworthy behavior with trust, and to scrupulously honor all promises made to them; (2) undertake serious and ongoing self-assessment to discover potential wrong doing; (3) take swift actions against those whose wrongdoing has been established by *fair procedures* and reward those who behave ethically and abide by the organization’s rules”, in HASNAS, John, “Managing the Risks of Legal Compliance: Conflicting Demands of Law and Ethics”, op. cit., págs. 507-524, esp. 516-517.

intercambio de bienes o servicios. El aparato organizativo y funcional de la empresa se estructura y se conduce, efectivamente, con base en fuentes de riesgo inherentemente asociadas al ejercicio de la actividad que le es propia. Decidirse por producir e intercambiar bienes y/o servicios representa una *asunción* de riesgos, macro o microeconómicos: pérdida de productos oriunda de la ausencia de ventas o de la deterioración, aumento de costes y costes imprevistos, desajuste entre oferta y demanda en consecuencia de múltiples factores, perjuicios por indemnizaciones, crisis económicas y financieras, inestabilidad cambial, etc.⁴²⁰.

Es posible identificar en este ámbito tres categorías de riesgo: el *riesgo de mercado*, que incluye factores como el comportamiento de los precios de venta, los costes y la disponibilidad y rentabilidad de recursos (elementos: precio, logística, interés, cambio); el *riesgo de crédito*, que comprende factores como la estabilidad financiera de la empresa y su capacidad de mantener sus operaciones (retrasos en cuentas a pagar y a cobrar, liquidación de activos financieros, etc.); el *riesgo competitivo*, que incluye elementos como los productos, los rivales, la tecnología, la estrategia y la reputación de la empresa⁴²¹.

⁴²⁰ SWEETING, Paul, *Financial Enterprise Risk Management*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, págs. 93-111.

⁴²¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Manuel / PIÑEIRO SÁNCHEZ, Carlos / LLANO MONELOS, Pablo de, “Mapa de Riesgos: Identificación y Gestión de Riesgos”, en *Atlantic Review of Economics*, vol. 2, 2013, págs. 13-14. La otra categoría de riesgo, es decir, el *riesgo operacional*, que dice respecto a los procesos de negocios y tareas de gestión, incluyendo aspectos como fraudes internos y externos,

Ello constituye los *riesgos socio-económicos de origen externo*. Esos riesgos los asumen, de forma directa e inmediata, la empresa como un todo –aquí entendida como sociedad empresarial– y su patrimonio, destinado a la realización de las actividades sociales (también los socios, obviamente, pero sólo en la medida de su contribución para la formación de la empresa).

Hay diversos recursos de *gestión de los riesgos de procedencia externa* (*external risk management*), sobre todo los mecanismos y estrategias de *hedging* (protección, cobertura)⁴²², ante las incertitudes presentes en la economía y la reacción de los mercados financieros a los múltiples factores de inestabilidad⁴²³.

IV. Riesgos estructurales intrínsecos de la empresa: riesgos de responsabilidad del órgano de administración

fallos o caídas en sistemas informáticos, conflictividad laboral, entre otros, es muy heterogénea y comprende, según el criterio adoptado en esta tesis doctoral, riesgos de *procedencia interna*.

⁴²² RÖTHIG, Andreas, *Microeconomic Risk Management and Macroeconomic Stability*, Springer, London / New York, 2009, págs. 4-9.

⁴²³ “The theoretical underpinnings of risk management must take into account three orders of phenomena: (1) the uncertainties present in the economy; (2) how financial markets react to external uncertainties and (3) how uncertainties can be modified and/or reduced. An understanding of the practice of risk management implies an understanding of the interplay between external risk and its processing by the financial markets as well as the engineering of hedging strategies”, in FOCARDI, Sergio M. / JONAS, Caroline, *Risk Management: Framework, Methods, and Practice*, Frank K. Fabozzi Associates, New Hope (Pennsylvania), 1998, pág. 13.

A) Significado y alcance

El *empresario* debe tener en cuenta, desde que asume una realidad externamente arriesgada mediante la instalación de la empresa, un aparato organizativo de *gestión de riesgos*, sea en la propia estructura de ordenamiento y de división del trabajo, sea en el ejercicio de las actividades económicas. Desde ese punto de vista emerge otro orden de fuentes de riesgos, ahora no sólo referentes a la empresa en sí misma, sino también a las personas que se ocupan particularmente de la *gestión interna* de las actividades empresariales⁴²⁴.

Así, la propia operación de la empresa con objeto de gestionar los riesgos por ella asumidos conlleva además *específicos riesgos estructurales y funcionales, de origen interno*, o sea, riesgos inherentes a una estructura jerarquizada y de división de trabajo, entre los cuales se destaca el riesgo de que un empleado practique ilícitos –incluso delitos– contra los consumidores, más allá de los riesgos de mal desempeño de actividades con reflejos negativos hacia la empresa.

Ello se explica especialmente por el hecho de que un aparato organizado en jerarquía y división de trabajo supone no solamente *ámbitos de competencias* sino también la *delegación de actividades*, lo que multiplica no sólo la posibilidad de ejercicio de conductas desviadas de las pautas empresariales, sino también la aptitud

⁴²⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *El Delito en la Empresa: Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, op. cit., págs. 49 y sig.

de delegación multiplicada de pautas empresariales desviadas en sí propias, con el consecuente estímulo a la impunidad de los reales tomadores de decisiones⁴²⁵.

En este contexto, de lo que se trata en este momento es de los riesgos inherentes a la empresa –riesgos normativos y permitidos–, asumidos sobre todo por los escalones más altos, en especial por el órgano directivo o administrador, ante la libertad de acción de los escalones más bajos en el plan jerárquico y organizacional del todo empresarial.

Se trata de identificar, en la estructura, organización y funcionalidad de la empresa, especialmente en la división estatutaria y empírica de ámbitos de competencia, las condiciones de imputación de hechos a los órganos de administración de la sociedad. Como lo expresa AGUSTINA SANLLEHÍ, “(a) fin de imputar al *hombre de detrás* la autoría del hecho en comisión por omisión, el criterio de pertenencia activa o pasiva a ‘esferas de responsabilidad por la competencia debe

⁴²⁵ Eso es lo que, en el marco jurídico-penal, caracteriza la *escisión*, referida por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ como el fenómeno que “(...) tiene lugar en las estructuras jerarquizadas entre los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva y los sujetos realmente responsables de la decisión criminal, que son quienes han trazado el plan ejecutivo”, ámbito en que identifica con propiedad un “(...) indeseable menoscabo del efecto preventivo de las normas penales”, decurrente del “traslado de la imputación personal hacia los miembros que se encuentran en los escalones más bajos de la organización, toda vez que sólo ellos realizan por sí mismos materialmente la conducta típica descrita por la ley”, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 492.

fundamentarse, en primer lugar, en la propia estructura organizacional de la empresa”⁴²⁶.

En último análisis, la complejidad de la organización-actividad inherente a la empresa conforma *riesgos específicos, asumidos* ya no sólo por la empresa como un todo, sino también por algunas particulares personas que integran la estructura organizativa, en cuyo vértice se halla la figura del *órgano directivo*. A esa realidad se la designa aquí como ámbito de los *riesgos empresariales de naturaleza intrínseca*.

El control de dichos riesgos, como ya se ha expuesto, con la finalidad de prevención de actuaciones desviadas, puede hacerse mediante sistemas invasivos de vigilancia, que son los más difundidos y además legalmente exigidos, y también por sistemas de transparencia interna en lo que respecta a la autorregulación y autoevaluación, a la justicia de los procedimientos internos de punición y a la premiación a los sujetos cumplen las normas internas de la organización empresarial⁴²⁷. La adopción de este segundo tipo de modelo ha sido propuesta modernamente, aunque ello suponga la reducción del nivel de control y vigilancia propio del primer modelo (contar con la cooperación de los empleados significa vigilarlo menos), lo cual envuelve algunas dificultades, ya que en los sistemas

⁴²⁶ AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *El Delito en la Empresa: Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, op. cit., pág. 182.

⁴²⁷ HASNAS, John, “Managing the Risks of Legal Compliance: Conflicting Demands of Law and Ethics”, op. cit., págs. 507-524, esp. 516-517.

normativos contemporáneos se han exigido cada vez más unos rígidos mecanismos de vigilancia, so pena de responsabilidad de la propia empresa y de sus órganos de comando.

En virtud del tratamiento normativo actual del problema, se concentra aquí el análisis sobre los modelos de vigilancia y control, sin desconsiderar, con todo, la posible adopción adicional de otros mecanismos preventivos.

B) Los sistemas de *compliance*

Según una noción muy difundida, *compliance* consiste simplemente en la correspondencia de comportamiento con las normas legales⁴²⁸ o, como expresa ROTSCH, uno de los instrumentos de supervisión empresarial mediante el cual “las empresas y sus órganos deben operar armónicamente con el Derecho vigente”⁴²⁹. Se trata, en la esfera empresarial, de la implantación y operación de mecanismos de vigilancia y de control de riesgos, que aseguren el cumplimiento de los deberes

⁴²⁸ Trasciende las finalidades de esta tesis doctoral analizar los múltiples conceptos ofrecidos o sugeridos por diferentes aportes teóricos, del término *compliance*. Para un análisis detallado de las diversas vertientes, vid. KINGSBURY, Benedict, “The Concept of Compliance as Function of Competing Conceptions of International Law”, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, 1998, págs. 345-372.

⁴²⁹ ROTSCH, Thomas, “Criminal Compliance”, en InDret, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero de 2012, pág. 2.

normativos e impidan o dificulten la práctica de hechos ilícitos por los sujetos que integran la estructura organizacional de la empresa. En este contexto, se puede entender el término *compliance* como la *consistencia* entre las exigencias legales y las exigencias internas⁴³⁰ de regulación, supervisión y control de las actividades que se desarrollan en los diversos ámbitos de competencia en la organización empresarial.

A partir de la perspectiva de la responsabilidad penal de la empresa, los sistemas de *compliance* se entienden, según señala NIETO MARTÍN, como “(...) el conjunto de medidas que la empresa debe adoptar para contar con una organización virtuosa y no ser responsable penalmente o ver rebajada su sanción en el caso en el que alguno de sus empleados (administradores, directivos, trabajadores, etc.) realice un delito en el desempeño de sus funciones”⁴³¹. Sin embargo, por otro lado, los programas de cumplimiento pueden ser vistos también desde la perspectiva de la responsabilidad de los órganos internos de la empresa (administrador y órgano de

⁴³⁰ Como exponen HASSAN y LOGRIPPO, “(w)e define *compliance* (sometimes also called *conformance*, a term used in software engineering with a similar meaning) as the mutual consistency of legal requirements and enterprise requirements. It could be said that there are two aspects to compliance: completeness and consistency. However often completeness reduces to consistency, because if an implementation is incomplete with respect to requirements, then scenarios may exist that are inconsistent with the requirements”, in HASSAN, Waël / LOGRIPPO, Luigi, “Requirements and compliance in legal systems: a logic approach”, in *Requirements Engineering and Law*, 2008.

⁴³¹ NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, op. cit., págs. 21-50, esp. 31.

cumplimiento), por la implantación y supervisión de los mecanismos de vigilancia y control⁴³².

Desde el año 1988, la *U.S. Sentencing Commission* ha establecido un amplio sistema de padrones para un efectivo *programa de compliance*, en su *Sentencing Guidelines Manual*, cuya última edición se publicó a finales de 2016⁴³³. Según las líneas centrales de este documento, el éxito del sistema depende no sólo del establecimiento de padrones de conducta y de comportamientos prohibidos, sino especialmente de la capacidad de la empresa de *demostrar* la efectividad del programa.

Bajo el mismo orden de ideas, es importante señalar que los indicadores de efectividad incluyen a los siguientes: *a)* la debida diligencia para detectar y prevenir la práctica de hechos delictivos y por otros medios promover una cultural organizacional, con padrones y procedimientos que estimulen conductas éticas y el compromiso de cumplir la ley; *b)* supervisión del programa de *compliance* por personas de alta calificación; *c)* delegación responsable de autoridad; *d)* continuo entrenamiento de los empleados; *e)* efectividad de las líneas directas de

⁴³² MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, págs. 733-782, esp. 772.

⁴³³ US Sentencing Guidelines, *Effective Compliance and Ethics Program*, § 8B2.1, in *2016 Guidelines Manual*, US Sentencing Commission, Washington, DC, Nov. 2016. Disponible en www.ussc.gov.

comunicación (conocidas como *líneas éticas* o de *whistleblowing*) y de los protocolos de informes⁴³⁴; *f*) rápida y adecuada investigación de reclamaciones y corrección de deficiencias, incluso auto-revelación y disciplina consistentemente aplicada cuando sea apropiado; *g*) robusta vigilancia y procesos de auditoría que suficientemente enfrenten las áreas cruciales de riesgo para la empresa⁴³⁵.

⁴³⁴ Sobre el *whistleblowing* en el contexto de los sistemas de *compliance* en el Derecho Penal español, vid. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “*Compliance* y derechos de los trabajadores”, en MONTIEL, Juan Pablo / KUHLEN, Lothar / URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 125-146, esp. 141 a 145.

⁴³⁵ US Sentencing Guidelines, *Effective Compliance and Ethics Program*, § 8B2.1, in *2016 Guidelines Manual*, US Sentencing Commission, Washington, DC, Nov. 2016. Disponible en www.ussc.gov: **(a)** To have an effective compliance and ethics program, for purposes of subsection (f) of §8C2.5 (Culpability Score) and subsection (b)(1) of §8D1.4 (Recommended Conditions of Probation - Organizations), an organization shall — (1) exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and (2) otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law. Such compliance and ethics program shall be reasonably designed, implemented, and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal conduct. The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct. **(b)** Due diligence and the promotion of an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law within the meaning of subsection (a) minimally require the following: (1) The organization shall establish standards and procedures to prevent and detect criminal conduct. (2) (A) The organization's governing authority shall be knowledgeable about the content and operation of the compliance and ethics program and shall exercise reasonable oversight with respect to the implementation and effectiveness of the compliance and ethics program. (B) High-level personnel of the organization shall ensure that the organization has an effective compliance and ethics program, as described in this guideline. Specific individual(s) within high-level personnel shall be assigned overall responsibility for the compliance and ethics program. (C) Specific individual(s) within the organization shall be delegated day-to-day operational responsibility for the compliance and ethics program. Individual(s) with operational

responsibility shall report periodically to high-level personnel and, as appropriate, to the governing authority, or an appropriate subgroup of the governing authority, on the effectiveness of the compliance and ethics program. To carry out such operational responsibility, such individual(s) shall be given adequate resources, appropriate authority, and direct access to the governing authority or an appropriate subgroup of the governing authority. (3) The organization shall use reasonable efforts not to include within the substantial authority personnel of the organization any individual whom the organization knew, or should have known through the exercise of due diligence, has engaged in illegal activities or other conduct inconsistent with an effective compliance and ethics program. (4) (A) The organization shall take reasonable steps to communicate periodically and in a practical manner its standards and procedures, and other aspects of the compliance and ethics program, to the individuals referred to in subparagraph (B) by conducting effective training programs and otherwise disseminating information appropriate to such individuals' respective roles and responsibilities. (B) The individuals referred to in subparagraph (A) are the members of the governing authority, high-level personnel, substantial authority personnel, the organization's employees, and, as appropriate, the organization's agents. (5) The organization shall take reasonable steps — (A) to ensure that the organization's compliance and ethics program is followed, including monitoring and auditing to detect criminal conduct; (B) to evaluate periodically the effectiveness of the organization's compliance and ethics program; and (C) to have and publicize a system, which may include mechanisms that allow for anonymity or confidentiality, whereby the organization's employees and agents may report or seek guidance regarding potential or actual criminal conduct without fear of retaliation. (6) The organization's compliance and ethics program shall be promoted and enforced consistently throughout the organization through (A) appropriate incentives to perform in accordance with the compliance and ethics program; and (B) appropriate disciplinary measures for engaging in criminal conduct and for failing to take reasonable steps to prevent or detect criminal conduct. (7) After criminal conduct has been detected, the organization shall take reasonable steps to respond appropriately to the criminal conduct and to prevent further similar criminal conduct, including making any necessary modifications to the organization's compliance and ethics program. (c) In implementing subsection (b), the organization shall periodically assess the risk of criminal conduct and shall take appropriate steps to design, implement, or modify each requirement set forth in subsection (b) to reduce the risk of criminal conduct identified through this process”.

Se trata, por tanto, de un sofisticado sistema de vigilancia y de transparencia interna destinado a controlar los riesgos de prácticas delictivas a partir de la empresa y a reprimir eficientemente los delitos ya perfeccionados⁴³⁶.

En general, los sistemas que consagran la responsabilidad penal de las personas jurídicas han adoptado cada vez más fórmulas de exención de la responsabilidad del ente colectivo que haya implantado y operado de modo eficiente un programa de vigilancia y control (prevención de delitos o reducción significativa del riesgo de su comisión). En otros términos, lo anterior quiere decir: más allá de la responsabilidad de las personas físicas que ejecutaron los hechos delictivos, la persona jurídica será igualmente responsable por los mismos si no ha implantado mecanismos que hubieran prevenido la práctica delictuosa, pero queda exenta de responsabilidad cuando sí los ha adoptado con eficacia (art. 31 *bis*.2 del CP español). Además, es común la institución de causas de atenuación de culpabilidad,

⁴³⁶ Sin duda, la implantación de modelos de vigilancia en general supone diferenciadas formas de intervención en la intimidad y privacidad ajenas. Como expone AGUSTINA SANLLEHÍ, “(l)a implementación de una vigilancia intensificada como mecanismo generalizado para el control de la delincuencia y la desviación social plantea diferentes conflictos en los distintos ámbitos de actuación de la persona. La aproximación a una nueva concepción de la vigilancia y el control social responde a un mayor convencimiento de la necesidad y conveniencia de nuevos métodos como parte integrante del arte del buen gobierno. En este sentido, asistimos a una reorientación de las políticas de control social de forma que éstas sean capaces de ‘hacer visible todo’, mediante una vigilancia ‘permanente, exhaustiva y omnipresente’”, en AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, “Prevención del delito en la empresa: límites ético-jurídicos en la implementación de sistema de video vigilancia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 11-10, 2009, pág. 1-10, esp. 4, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

como en el Derecho Penal español (art. 31 *quater*.1 del CP), o mismo de exención de responsabilidad (según el modelo de *carrot and stick*⁴³⁷), como en el Derecho Penal estadounidense, para las personas jurídicas que han cooperado con las autoridades en lo que respecta a la persecución penal de los delitos ya practicados⁴³⁸.

Con respecto al *órgano directivo*, por otro lado, la ley penal española le impone la *responsabilidad* por la *implantación* de modelos de *compliance* (“modelos de organización y gestión”, conforme al art. 31 *bis*.2, 1ª condición del CP) que hubieran por lo menos disminuido el riesgo de comisión de delitos. Debe observarse desde luego que dicha lógica de “reducir significativamente el riesgo” de comisión de delitos influye en la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero *no necesariamente* en la responsabilidad penal del propio órgano de administración.

Lo anterior significa decir que: (i) el órgano directivo es responsable de la implantación del modelo de organización y gestión (art. 31 *bis*.2, 1ª condición); (ii) la persona jurídica es responsable penalmente si el órgano directivo no ha implantado modelos que hubieran reducido significativamente el riesgo de comisión de delitos; (iii) el propio órgano directivo es responsable penalmente si el modelo

⁴³⁷ Como explica DE MAGLIE, “(t)his new approach to deterrence is called the carrot-stick model. The stick consists of the application of fines, which are much higher than in the past. The carrot consists of a reduction in fines if the corporation has adopted an effective compliance and ethics program”, in DE MAGLIE, Cristina, “Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law”, op. cit., págs. 546-566, esp. 565.

⁴³⁸ Vid. los US Sentencing Guidelines, *Effective Compliance and Ethics Program*, § 8B2.1, in *2016 Guidelines Manual*, US Sentencing Commission, Washington, DC, Nov. 2016.

hubiera efectivamente evitado la práctica del delito en concreto (*causalidad hipotética*). Esta es la *posición de garante de la persona jurídica*, que se perfecciona siempre que el órgano directivo no *implantar* los modelos de vigilancia y control, y además de no confiar a un órgano autónomo la “supervisión de la eficacia de los controles internos” (art. 31 *bis*.2, 2ª condición). En este sentido, tal y como lo expresa POLAINO NAVARRETE, “(l)a posición de garante de la persona jurídica queda condicionada legalmente a tales acciones de implantar modelos de prevención criminal y de confiar a órgano competente la supervisión de los mismos”⁴³⁹. Para el perfeccionamiento de la posición de garante de la persona jurídica, es suficiente que la implantación de dichos modelos y su supervisión, sean hechos por un órgano autónomo, lo que hubiera disminuido el riesgo de la comisión de delitos.

Así pues, para la conformación de los deberes de garantía del ente colectivo, se aplica la fórmula del incremento del riesgo⁴⁴⁰, como fundamento suficiente de la responsabilidad sobre el resultado; pero para la responsabilidad del órgano directivo no basta con que el modelo hubiera reducido el riesgo; en este ámbito, se adopta, a nuestro juicio, la fórmula de la causalidad hipotética –es decir, el órgano directivo es penalmente responsable porque el modelo, por cuya implantación él era responsable, hubiera impedido la comisión del delito.

⁴³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 56.

⁴⁴⁰ Es responsable la persona jurídica que, al no adoptar (por su administrador) mecanismos eficientes de vigilancia y control, ha incrementado el riesgo del hecho delictivo.

C) El régimen de *compliance* introducido en el

Código Penal español por la Ley Orgánica 1/2015

Como se ha expuesto en el apartado anterior, la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha instituido un *sistema bifronte*⁴⁴¹ de responsabilidad: (i) de la persona jurídica, cuyo deber de garantía existe si su administrador no ha implantado modelos de vigilancia y control y si no ha confiado a un órgano autónomo la supervisión de la eficacia de los controles externos (art. 31 *bis*.2, 1ª y 2ª condiciones); (ii) del órgano de administración, de implantar los modelos de *compliance* (art. 31.*bis* 2, 1ª condición, del CP), y de un órgano autónomo, de supervisar la eficacia de los controles internos (“supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado”, en los términos del art. 31.*bis* 2, 2ª condición, del CP).

Cumple examinar, en este apartado, las características normativas de dichos modelos de prevención, llamados *modelos de organización y gestión*, existentes en el Derecho Penal español vigente.

Conforme al art. 31 *bis*, apartado 5, “(l)os modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

⁴⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., págs. 56 y sig.

1º. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2º. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3º. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4º. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5º. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6º. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”⁴⁴².

Según lo expresado, esos son los modelos de *risk management* en el Derecho Penal español. Con menos detalles, se trata de la misma lógica en el *US Sentencing*

⁴⁴² Artículo 31 *bis*. 5. del Código Penal.

Guidelines, que se ha referido y examinado anteriormente⁴⁴³. En verdad, el modelo del *Manual de las US Sentencing Guidelines* es internacionalmente reconocido y puede ser adoptado como uno de los posibles con objeto de prevención de prácticas desviadas en el seno de la empresa.

La novedad propia de dicha delimitación normativa es la de insertar en el Código Penal un sistema de *normas administrativas* reguladoras de la actividad organizada de supervisión, de vigilancia y de control de riesgos en el seno de la empresa. En este sentido, tal y como señala POLAINO NAVARRETE, “(l)a índole administrativa de estas delimitaciones legales de los modelos de organización y gestión excede de la estructura propia de la ley penal, y no tiene sino el valor de una norma objeto de remisión que sirve para poder integrar el presupuesto normativo de la disposición penal. Su ubicación sistemática más adecuada sería la del Derecho administrativo sancionador o disciplinario, en lugar del articulado del Código penal. En todo caso, el sistema positivo establecido limita el alcance de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por la vía de la restricción que implica la posición de garante y de la vigencia de la causa legal de exclusión de punibilidad de la persona jurídica”⁴⁴⁴.

Conforme a la referencia de PONCELA GARCÍA, “(e)l motivo de la reforma es ‘delimitar adecuadamente el contenido del debido control, cuyo quebrantamiento

⁴⁴³ Vid. *supra* Cap. VI, núm. IV, apartado B).

⁴⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 60.

permite fundamentar su [de la persona jurídica] responsabilidad penal'. De este modo, se amplía extraordinariamente el ámbito de lo que en la anterior regulación quedaba reducido a una simple circunstancia atenuante *ex post facto* ('haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica', art. 31 *bis* 4. d), introduciendo la previsión de los llamados programas de *compliance* o de 'cumplimiento normativo' y, con los mismos, circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal que antes no estaban expresamente reguladas"⁴⁴⁵.

En este contexto, la delimitación del art. 31 *bis* 5. del CP, más o menos clara, fija el alcance de los deberes de garantía de la persona jurídica y, en particular, también los deberes de garantía de su administrador, en lo que respecta a la *implantación* del modelo.

**V. Responsabilidad por omisión del órgano directivo de la empresa:
deberes objeto del Art. 31 *bis* 2. del Código Penal y
problemas adicionales de imputación**

⁴⁴⁵ PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso, "La Responsabilidad de las Personas Jurídicas", op. cit., págs. 99-140, esp. 108.

Ante todo, según el régimen normativo introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el *órgano de administración* de la empresa tiene la responsabilidad de *implantar* modelos de organización y gestión, esto es, los modelos de *compliance* examinados en el apartado anterior⁴⁴⁶. En los términos del art. 31 *bis* 2., “(s)i el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1ª. el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.

Se trata de parámetros aplicables no inmediatamente a la responsabilidad del órgano directivo, sino a la responsabilidad de la propia persona jurídica. De todas maneras, se establece el deber del directivo de implantar y ejecutar con eficacia modelos de vigilancia y control, so pena de responsabilidad de la persona jurídica que él administra, por los hechos no evitados –o cuyo riesgo no se ha reducido– por dichos modelos. Esa opción legislativa permite dimensionar, con carácter previo, una lógica especial respecto al contenido del deber de garantía del administrador de la empresa, aunque la regla del art. 31 *bis* 2., 1ª condición, no sea suficiente para, por sí sola, perfeccionar la responsabilidad penal por omisión del órgano directivo.

⁴⁴⁶ Vid. *supra* Cap. VI. Apartado D.

Es importante aclarar que el deber del administrador es el de adoptar y ejecutar con eficacia la implantación de modelos de organización y gestión. La implantación del modelo es de responsabilidad no delegable, pero el administrador puede cometer a un profesional la *confección y realización* del programa⁴⁴⁷.

Por otra parte, la *supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado por el administrador* debe ser confiada a un *órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control* o “(q)ue tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”, conforme al art. 31 *bis* 2, 2ª condición, del CP. Se trata, por tanto, de un *órgano autónomo* o de un *órgano legalmente competente* para supervisar los controles internos de la empresa. Se trata del *compliance officer*, o *oficial de cumplimiento* u *órgano de cumplimiento*⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Según PONCELA GARCÍA, “(e)l hecho de que la responsabilidad de diseñar e implantar un modelo de prevención en la empresa sea competencia indelegable del órgano de administración de la entidad, no quiere decir que éste no pueda encargar, bajo su supervisión, la confección y realización de dicho modelo al *compliance officer*”, en PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso, “La Responsabilidad de las Personas Jurídicas”, op. cit., págs. 99-140, esp. 127.

⁴⁴⁸ Tal y como expone MONTANER FERNÁNDEZ, “(...) podría decirse que la intención del legislador penal español también es la de configurar un órgano de cumplimiento lo más independiente posible de la alta dirección que, en su caso, también pueda realizar tareas de supervisión sobre ella. Ahora bien, estos poderes autónomos de iniciativa y de control a los que alude el art. 31 bis CP, y cuyo contenido específico dependerá el concreto perfil que finalmente adopte el *compliance officer* en la empresa en cuestión, se refieren a la función de supervisión del sistema de cumplimiento normativo”, en MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, págs. 733-782, esp. 759 y 760.

Puede subsistir, en todo caso, la responsabilidad del directivo, por defectos de *delegación*, en cuanto al ejercicio por el órgano autónomo de las funciones de supervisión. Así, la problemática referida envuelve el tema de la *delegación de las posiciones de garantía*, que se examinará en el Capítulo VIII de esta tesis doctoral⁴⁴⁹.

La delimitación objeto del art. 31 *bis* 2., 1ª condición, del CP español no es suficiente para dimensionar integralmente los deberes de garantía del órgano directivo, pero sí sirve como punto de partida, dentro de la lógica de *deberes de control de riesgos por el administrador en su ámbito normativo y empírico de organización*. Esta es la lógica presente, por ejemplo, en la decisión de la Suprema Corte estadounidense el caso *United States v. Park* (421 U.S. 678, 1975), en la que se han reconocido los siguientes criterios en aras a imputarle al administrador el resultado penalmente típico: *a) el administrador tenía autoridad para ejercer control sobre las específicas actividades que causaron la conducta ilegal*⁴⁵⁰; *b) el*

⁴⁴⁹ Vid. *infra* Cap. VIII.

⁴⁵⁰ “(...) it is equally clear that the Government establishes a *prima facie* case when it introduces evidence sufficient to warrant a finding by the trier of the facts that the defendant had, by reason of his position in the corporation, responsibility and authority either to prevent in the first instance, or promptly to correct, the violation complained of, and that he failed to do so. The failure thus to fulfill the duty imposed by the interaction of the corporate agent’s authority and the statute furnishes a sufficient causal link. The considerations which prompted the imposition of this duty, and the scope of the duty, provide the measure of culpability”, in *United States v. Park*, 421 U.S. 658, June 9, 1975, page 421, U.S 673-674.

*administrador no ha logrado implantar medidas destinadas a la prevención de conductas ilegales o, aunque haya implantado sistemas de control, sabía de las posibles violaciones y no ha cumplido su deber de investigarlas y corregirlas cuando ellas ocurrieron*⁴⁵¹.

El panorama expuesto es suficiente para señalar que sí debe haber una apreciación *especial* de los deberes de garantía del empresario administrador, más allá de los criterios generales de comisión por omisión, examinados en el Capítulo IV de esta investigación⁴⁵².

La cuestión que se plantea en el contexto señalado es la atinente a los límites del riesgo normativo (permitido) empresarial, a efectos de dimensionar cuándo el riesgo asumido por el órgano directivo se convierte en *normativamente prohibido*, capaz, por tanto, de hacer al empresario responsable por omisión en lo que respecta tanto a las actividades de sus subordinados como, por lo general, a los resultados lesivos que se produzcan en consecuencia de la organización empresarial. En este ámbito se identifica, conforme a la expresión de TIEDEMANN, una *intervención conjunta vertical*, que se ordena jerárquicamente, en una estructura de división de

⁴⁵¹ United States v. Park, 421 U.S. 658, June 9, 1975, page 421, U.S 673-674.

⁴⁵² Vid. *supra* Cap. IV.

trabajo en la que se plantea la punición no sólo del ejecutor material del hecho típico, sino también la de sus superiores jerárquicos⁴⁵³.

En este contexto, se debe considerar una vez más la conveniencia político-criminal de establecer una responsabilidad penal de los centros de decisiones o, dicho de otro modo, de los *organizadores*, es decir, de los titulares de la *organización*. En efecto, resultarían desestimados los objetivos preventivos si la incriminación alcanzara sólo a los ejecutores materiales del hecho penalmente típico⁴⁵⁴, considerando que la propia *complejidad* del aparato empresarial representa en muchos casos el *manto de protección* de los reales ámbitos directivos⁴⁵⁵, en los que se origina y se gestiona la conducta delictuosa⁴⁵⁶.

⁴⁵³ TIEDEMANN, Klaus, “La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo”, en *Revista Penal*, núm. 5, Huelva, 2000, pág. 91.

⁴⁵⁴ Como registrado por el TS en la STS 1828/2002, “(...) la organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que está situados jerárquicamente por encima (...)”, en TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 1828/2002, 25.X.2002. Ponente: SÁNCHEZ MELGAR, Julián.

⁴⁵⁵ Conforme a BLANCO LOZANO, “(e)l problema, en la práctica de aplicación de estos delitos [los delitos societarios], a la hora de individualizar la responsabilidad penal, consiste en determinar las personas que efectivamente tuvieron del dominio del hecho, lo cual puede resultar realmente complicado cuando se trata de complejas estructuras societarias y de intrincados grupos de empresas, en algunos casos laberínticamente constituidos, precisamente, para eludir posibles controles administrativos y, en su caso, también judiciales. Se hace necesario, con todo ello, recurrir a la teoría del **levantamiento del velo** para descubrir, más allá de testaferros y personas físicas o

No caben dudas, por tanto, de que la *omisión* del administrador sí debe constituir objeto de intervención penal según criterios generales y especiales de imputación, siempre que su omisión equivalga normativamente al hecho cometido por comisión. Como señala SCHÜNEMANN, “(l)a directriz general de equiparación del ‘dominio sobre el fundamento del resultado’, aceptada por el XIII Congreso Internacional de Derecho penal de la AIDP⁴⁵⁷ celebrado en El Cairo en 1984, suministra también un fundamento adecuado para el deber de garantía del ‘jefe de empresa’, esto es, para establecer la responsabilidad de las personas que detentan la dirección, y en última instancia del propietario de la empresa, por los comportamientos defectuosos de los órganos subordinados, en aquellos supuestos en los que éste actúa en beneficio de la empresa y haya seguido una orden expresa. Esta condición implica que los excesos del subordinado no pueden ser imputados al

jurídicas interpuestas, a veces incluso ficticias, a los concretos individuos que tomaron las decisiones ilícitas”, en BLANCO LOZANO, Carlos, “Delitos Societarios”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Tecnos, Madrid, t. II, 2011, págs. 189-201, esp. 190.

⁴⁵⁶ Según BATISTA GONZÁLEZ, “(...) precisamente la relación jerárquica y la disposición de obediencia que en general definen a la estructura empresarial suponen que aunque el propio trabajador subordinado conozca perfectamente el riesgo, el titular de la actividad deba responder de los resultados lesivos producidos. En otras palabras, en el ámbito empresarial y cuando los daños vierten hacia las personas que trabajan para la empresa, el principio general de la propia responsabilidad juega un papel muy reducido, para no decir nulo, para excluir la responsabilidad por los resultados dañosos producidos cuando existe un previo incumplimiento del deber de aseguramiento”, en BATISTA GONZÁLEZ, María Paz, “La Responsabilidad Penal de los Órganos de la Empresa”, op. cit., págs. 145-156, esp. 152.

⁴⁵⁷ Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

superior, salvo en aquellos supuestos en los que el subordinado utiliza material peligroso perteneciente a la empresa sobre que existe un dominio fáctico por parte del superior, pues en este caso existe un dominio efectivo de la fuente de peligro”⁴⁵⁸.

Por otro lado, la misma complejidad empresarial de aptitud y fuerza criminógena ofrece singulares *complicaciones dogmáticas*, cuya solución, para que se dimensionen criterios controlables de imputación, hay que buscar cuidadosamente, en orden a impedir que un problema político-criminal se convierta en fuente de responsabilidad penal objetiva. El tratamiento de la imputación del hecho comisivo de tercera persona al administrador omitente, por lo tanto, obedece a un *duplo orden de factores*, como con buen criterio lo refiere MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, subrayando que las estructuras normativas en este ámbito se destinan, por un lado, a “(...) atribuir el hecho delictivo a los verdaderos responsables en sentido criminológico y de esa forma satisfacer a las necesidades preventivas” y, por el otro, a “evitar la introducción de formas de responsabilidad objetiva”⁴⁵⁹.

La problemática planteada anteriormente tiene como punto de partida la *imputación objetiva* del hecho al órgano directivo según criterios exclusivamente *normativos*, ya que se trata de las condiciones de equiparación de una *conducta*

⁴⁵⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, “Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos”, op. cit. págs. 37 y 38.

⁴⁵⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General*, op. cit., págs. 492 y 493.

omisiva con la conducta activa que dio causa al resultado típico. Las discusiones objeto de este estudio, por tanto, se insertan en torno a la *causalidad hipotética*, de cariz *normativo*, de la omisión del administrador de la empresa, con independencia de ulteriores investigaciones respecto de la existencia o no del elemento subjetivo – es decir, el dolo, como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo. Se trata del complejo tema de la delimitación dogmática de los límites entre *riesgo permitido* y *riesgo prohibido* en la esfera de la *omisión impropia* o *comisión por omisión del empresario administrador*, considerando las particularidades ofrecidas por la estructura y por el funcionamiento de la actividad organizada empresarial. Dicho en otros términos, de lo que se cuida es de los *deberes de garante* del empresario administrador, como razón normativa apta a hacerle penalmente imputable por su mera omisión, cuando además sea ésta equiparable a la acción.

La responsabilidad *específica* del administrador de empresa, sin embargo, no es objeto de disciplina normativa expresa, sino en lo que se refiere a la *actuación en nombre de otro* (art. 31 del CP) y ahora en el *contexto de los sistemas de organización y gestión en el seno de la empresa* (art. 31 bis 2., 1ª condición, del CP), en especial asociados a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ya se ha examinado esta situación en torno al problema de los sistemas de *compliance*⁴⁶⁰. En lo que respecta al actuar en lugar de otro, dispone el artículo 31, apartado 1, del CP que “(e)l que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona

⁴⁶⁰ Vid. *supra* Cap. VI, núm. IV.

jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación actúe”.

La regulación legal, así pues, se circunscribe a la actuación del administrador en nombre de la persona jurídica (o de otro sujeto), para establecer la posibilidad de responsabilizar al mandatario aunque no concurren en él elementos típicos personales del mandante. La Ley establece la comunicación de circunstancias personales en el ámbito de la relación mandante-mandatario, con el objetivo claro de evitar que el administrador resulte impune bajo la protección de la empresa en cuyo nombre actúe.

Más allá de esas hipótesis, no hay previsión normativa *específica* de la responsabilidad penal del órgano directivo de la empresa, particularmente en lo atinente a las estructuras objetivas de imputación a título de omisión. Por eso mismo, a nuestro juicio, es que la doctrina española suele rechazar la existencia de criterios especiales de imputación por omisión en cuanto al administrador de empresa, al que, según se considera corrientemente⁴⁶¹, debe aplicarse la disciplina normativa general propia de la comisión por omisión, con arreglo al artículo 11 del

⁴⁶¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General*, op. cit., págs. 492 y sig.

CP y a los aportes doctrinales que vienen a suplirle la insuficiencia, aplicables a todo caso de omisión impropia.

No obstante, como se demostrará posteriormente, las peculiaridades de la organización empresarial sí impone *criterios especiales* de imputación por omisión de su órgano directivo, o por lo menos un *redimensionamiento de los criterios generales* de la omisión impropia hacia la problemática singular que suponen las estructuras y el funcionamiento de la empresa. Conforme a FEJOO SÁNCHEZ, “(l)os esquemas sociales de coordinación varían en función de que las relaciones interpersonales se definan con base en una dinámica individual –de lo que se ha venido ocupando tradicionalmente la teoría jurídica del delito– o en el contexto de un ámbito de organización colectivo con división de trabajo y una dinámica de delegación y coordinación de funciones”⁴⁶². Y añade el autor que “(e)sta diferencia de perspectivas acaba afectando a la imputación objetiva y a la imputación subjetiva, sobre todo en el caso de estructuras altamente complejas. La idea de partida de que la organización modifica los criterios de imputación de injustos penales permite resolver, en mi opinión, de forma más adecuada algunos callejones sin salida que ha ido encontrando la doctrina y la praxis judicial en la medida en que las teorías tradicionales del injusto se encuentran demasiado apegadas a la delincuencia en clave individual. Es un error interpretar en clave estrictamente individual el sentido

⁴⁶² FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, op. cit., págs. 5-25, esp. 3.

objetivo de algunos comportamientos que tienen que ver con organizaciones complejas”⁴⁶³.

Se discutirán, en el próximo capítulo, las propuestas de criterios de imputación por omisión especialmente reservados –o particularmente redimensionados– a la esfera del Derecho Penal de la empresa.

⁴⁶³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, op. cit., págs. 5-25, esp. 3 y 4.

CAPÍTULO VII

COMISIÓN POR OMISIÓN DEL ÓRGANO DIRECTIVO DE LA EMPRESA

I. Supuestos de imputación objetiva por omisión impropia

del administrador de la empresa: delitos de resultado

La imputación objetiva a título de comisión por omisión depende de la existencia de un resultado penalmente típico, el cual, en el ámbito de los delitos de peligro, no puede coincidir con la mera *intervención* (conducción activa sobre un determinado objeto). Por *resultado* se entiende, siguiendo a POLAINO NAVARRETE, como la modificación exterior, perceptible por los sentidos, que se produce en consecuencia de la acción típica o de otra fuerza y que, como algo distinto de la conducta, esté contemplado en el tipo penal⁴⁶⁴.

Ese concepto naturalístico puede fundamentar la distinción entre delitos de mera conducta y delitos de resultado. Como expone ACALE SÁNCHEZ, “(e)sta

⁴⁶⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., págs. 85 y 86.

acepción del resultado [causal-naturalística] es (...) la que sostiene la diferenciación entre los delitos de mera actividad y los de resultado; en este sentido, hoy se entiende que los delitos de mera actividad son aquellos en los que dentro del tipo delictivo en concreto, el legislador ha incluido un comportamiento pero no ha prestado atención, esto es, no ha incorporado como elemento típico, el efecto natural provocado y separable del mismo”⁴⁶⁵. Se identifica entonces, como base de distinción entre los delitos de mera conducta y los delitos de resultado, el *evento natural provocado* por la acción: (i) evento *natural*, y no jurídico; (ii) *causalidad* entre acción y evento natural; (iii) en consecuencia, *separación espacio-temporal* y distinción entre acción y resultado.

En el contexto descripto, en cuanto a los delitos de mera conducta, en particular, suele existir una *intervención activa* sobre un determinado objeto (por ejemplo, conducción de un vehículo automotor), lo que se puede pensar como algo distinto de la acción, pero no un resultado (ya que no es separado espacio-temporalmente de la acción)⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ ACALE SÁNCHEZ, María, “Los Delitos de Mera Actividad”, op. cit., págs. 11-45, esp. 16.

⁴⁶⁶ Sobre la dimensión natural y la separación espacio-temporal de la acción, es importante referir las palabras de ACALE SÁNCHEZ, al señalar que “(...) hay que entender que el resultado de que carece esta clase de delitos [de mera actividad] y que define como propios a los de resultado ha de ser un efecto ‘natural’, separable espacio-temporalmente de la acción y que por decisión del legislador es un elemento típico de determinados delitos, con independencia de que, frente al bien jurídico, suponga su lesión o su puesta en peligro”, en ACALE SÁNCHEZ, María, “Los Delitos de Mera Actividad”, op. cit., págs. 11-45, esp. 20.

Sin embargo, según el criterio expuesto en el Capítulo IV⁴⁶⁷, *no* se admite comisión por omisión en los delitos de mera conducta que se constituyan en tipos de peligro (abstracto o hipotético), aun cuando una intervención sea identificable. Hay que condicionar la imputación del hecho al omitente garante, en estos casos, a la producción de un resultado (evento natural que suponga lesión o peligro concreto al bien jurídico protegido), aunque no sea éste un elemento del tipo penal comisivo. Esa parece ser la única forma de controlar la imputación objetiva a título de omisión equiparable a la acción, en lo que respecta a los delitos contruidos sobre la base de una ofensividad abstracta o hipotética de la conducta activa incriminada⁴⁶⁸.

En efecto, si se presume el peligro con base en la mera práctica de la acción (delito de peligro abstracto), o se establece la peligrosidad hipotética de ésta, se acepta un dominio meramente remoto o indirecto de ofensividad hacia el bien jurídico tutelado y, si ello es suficiente a efectos de imputación objetiva del hecho a quien realiza la acción, lo mismo no se puede decir de la conducta del omitente. En tales circunstancias, la omisión no puede nunca equivaler en entidad a la acción, desde el punto de vista objetivo. Además, no cabe pensar en la capacidad de evitación por parte del omitente, con relación a una mera conducta, cuya realización

⁴⁶⁷ Vid. *supra* Cap. V, núm. III.

⁴⁶⁸ El Tribunal Supremo, con todo, ya ha considerado la posibilidad de la comisión por omisión en el ámbito de un delito de peligro hipotético. Al respecto, vid. TS, Sala de lo Penal, STS 5464/2016, 15.XII.2016. Ponente: VARELA CASTRO, Luciano.

instantánea es ya suficiente al perfeccionamiento del tipo penal⁴⁶⁹. El fundamento del deber de garante radica en la garantía de que una acción no produzca un resultado típico natural (de lesión o de peligro), y no en una garantía sólo contra la acción⁴⁷⁰. La equivalencia entre acción y omisión siempre ha sido concebida en el marco –más grave– de los delitos de resultado⁴⁷¹, en que se le reserva al garante el deber de controlar la *causalidad real* (inexistente en los delitos de peligro abstracto o hipotético), de modo que ésta no desemboque en una situación típica de lesión o de peligro concreto.

Así pues, la acción es suficiente para la imputación de un delito de peligro abstracto o hipotético a quien la realiza, pero la existencia de omisión impropia depende de la producción de un *resultado natural, separable espacio-temporalmente y decurrente de la acción* y que suponga lesión o peligro concreto; o, dicho de otro modo, de la efectiva realización de un *delito de resultado*⁴⁷². Ello puede suceder

⁴⁶⁹ Como refiere ACALE SÁNCHEZ, (...) se ha afirmado que no cabe la comisión por omisión, la relación de causalidad, la imputación objetiva, las formas imperfectas de ejecución, la coautoría, la autoría mediata ni la comisión imprudente de delitos de mera actividad (...)", en ACALE SÁNCHEZ, María, "Los Delitos de Mera Actividad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 10, 2002, págs. 11-45, esp. 12.

⁴⁷⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 85. En el mismo sentido, vid. CUELLO CONTRERAS, Joaquín / Mapelli Caffarena, Borja, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 185.

⁴⁷¹ Así, vid. ACALE SÁNCHEZ, María, "Los Delitos de Mera Actividad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 10, 2002, págs. 11-45, esp. 32.

⁴⁷² ACALE SÁNCHEZ, María, "Los Delitos de Mera Actividad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 10, 2002, págs. 11-45, esp. 32. La jurista, con todo, propone *de lege*

incluso en el ámbito de los delitos de peligro abstracto o hipotético, pero no en cuanto a la acción peligro, sino con respecto al resultado que *eventualmente* pueda advenir de dicha acción (e incluso agravar la pena aplicable al ejecutor), aunque no sea necesario para la tipicidad del delito.

A esa orientación podría objetársele que, si no hay un resultado penalmente típico en un delito de peligro abstracto o hipotético, el omitente no tendría deberes de evitarlo. Sin embargo, la cuestión es que, una vez practicada una acción presumida o hipotéticamente peligrosa (ya suficiente al perfeccionamiento del delito con respecto al agente), surge para el omitente el deber de garantizar que esta acción no se convierta en un resultado concreto, cuya producción podrá o no imputársele al propio ejecutor de la conducta activa. Por ejemplo, en el caso de una acción de conducción sin permiso: *a)* si no hay un peligro concreto comprobado, la acción se imputa a quien la realiza, pero no al omitente; *b)* si hay un peligro concreto comprobado, la *acción* será asimismo imputable a quien la realiza, pero el *resultado* de peligro no representa una condición especial de imputación en cuanto al agente, ya que es irrelevante para la consumación del delito en este caso; no obstante, en lo

ferenda una solución diversa, al señalar que “(a)hora bien, político criminalmente, poco sentido tiene que el legislador restrinja la aplicación de este mecanismo [comisión por omisión] a éstos últimos [delitos de resultado], en la medida en que se está consagrando expresamente vacíos legales de impunidad. *De lege ferenda*, no(s) parece aventurada la reforma del art. 11 del Código que elimine la referencia que se hace en el mismo a ‘los delitos que consistan en la producción de un resultado’, huérfana de justificación político criminal. Mientras tanto, no podrá castigarse más que la comisión activa de los delitos de mera actividad, por imperativo del principio de legalidad”.

que concierne al omitente garante, se sostiene aquí que la existencia de la puesta en peligro concreto es esencial para la imputación; c) si hay un resultado de daño, por él responderán el agente (ahora ya por un delito de lesión) y el omitente garante.

Por supuesto, se deben excepcionar los casos de delitos *de lesión* que supongan una intervención activa⁴⁷³ sobre una persona u objeto⁴⁷⁴, hipótesis en que la *actualidad* del daño al bien jurídico permite la equivalencia entre acción y omisión.

En el ámbito de la criminalidad empresarial, por lo tanto, no hay criterios especiales en lo que respecta a la cuestión aquí discutida. Sólo se puede imputar el hecho ajeno al empresario omitente si hay un *resultado* de lesión o de peligro.

II. Fuentes formales del deber de garante del empresario:

ley, contrato e injerencia

A) Ley y contrato

⁴⁷³ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 854.

⁴⁷⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 951 y 952.

En esta materia, es importante seguir las ideas de TERRADILLOS BASOCO, pues considera que “(...) la empresa, en la medida en que se encuentra en el centro de las profundas tensiones económicas, sociales y políticas que caracterizan al panorama social contemporáneo, es objeto de una amplísima producción normativa que, por responder en ocasiones a exigencias contingentes, no siempre puede calificarse de armónica”⁴⁷⁵. La disciplina normativa de la actividad empresarial, por tanto, se revela amplia y compleja. Y así sucede especialmente en el ámbito de la estructura y del funcionamiento de la empresa, que se rige, como se ha visto, por los principios de jerarquía y de división de trabajo entre distintos sujetos.

En este contexto, cobra importancia destacar, dentro de la disciplina normativa de la empresa, el *complejo estatuto jurídico del órgano directivo* de la sociedad empresarial, es decir, acerca de los múltiples y específicos derechos y deberes que componen el rol normativo del administrador. Ya se ha demostrado en otro capítulo que sólo la norma de derecho, y no exclusivamente una situación de hecho, puede constituir fuente válida de deberes de garantía⁴⁷⁶. Por lo tanto, el presupuesto de la imputación objetiva del hecho al administrador omitente hay que identificarlo en el rol específico que la ley extrapenal le reserva. Es en este ámbito particular que cabe, en primer lugar, defender la existencia de criterios especiales de

⁴⁷⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, op. cit., pág. 13.

⁴⁷⁶ Vid. *supra* Cap. IV.

imputación objetiva del resultado típico al órgano directivo, a título de comisión por omisión.

Las fuentes de los deberes de garante del empresario son, en principio, la ley, el contrato y el actuar peligroso precedente⁴⁷⁷. Sin embargo, en la esfera empresarial, considerando la multiplicidad y la generalidad de las obligaciones legales y estatutarias/contractuales del empresario –y en particular del directivo–, no se puede concebir la conformación de un deber de garantía con base *exclusiva* en la ley o en el contrato, ni siquiera en la injerencia. Como se aclara en el próximo apartado, sólo el examen de la situación concreta, a efectos de verificar la *asunción específica de un riesgo desaprobado* por el órgano directivo de la empresa, podrá configurar el *deber de contención* de un resultado típico.

Así pues, la ley y el contrato no representan, en la compleja realidad de la empresa, fuentes *per sé* capaces de configurar deberes de garante del administrador de la sociedad, sino que constituyen puntos de partida, necesarios pero no suficientes⁴⁷⁸. Dichas fuentes formales impiden que se consideren criterios meramente fácticos de justificación de las posiciones de garantía. Hay que recordar

⁴⁷⁷ Vid. *infra* Cap. IV, núm. II. Hipótesis normativas expresas: ley, contrato y actuar peligroso precedente.

⁴⁷⁸ CUELLO CONTRERAS llega a afirmar que la indicación de las fuentes formales de deberes de garante en el art. 11 del CP está completamente obsoleta, en CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 185.

también la *injerencia* (actuar peligroso precedente) como punto de partida –del mismo modo que la ley y el contrato– del deber de garante.

En lo que concierne a la *ley* como fuente formal, la disciplina normativa de las obligaciones generales del empresario se encuentra en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil español, los cuales, a juicio de BATISTA GONZÁLEZ, establecen “(...) una responsabilidad proveniente de la organización de las actividades de los sujetos de derecho y de su repercusión en el mundo externo”⁴⁷⁹. En este sentido, el artículo 1.902 del Código Civil contempla la acción u omisión dañosa como fuente de responsabilidad⁴⁸⁰, mientras que el artículo 1.903 añade la obligación por los actos u omisiones “de aquellas personas de quienes se debe responder”⁴⁸¹. En particular, el mismo dispositivo establece lo siguiente, acerca del administrador de empresa: “Lo son [responsables] igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”⁴⁸².

Bajo el mismo orden de ideas, cabe señalar que lo anterior se trata de una norma general de responsabilidad del directivo por los actos de sus subordinados en

⁴⁷⁹ BATISTA GONZÁLEZ, María Paz, “La responsabilidad penal de los órganos de la empresa”, op. cit., págs. 145-156, esp. 149.

⁴⁸⁰ Vid. artículo 1.902 del Código Civil.

⁴⁸¹ Vid. artículo 1.903 del Código Civil.

⁴⁸² Vid. artículo 1.903 del Código Civil.

la empresa y que se fundamenta en la jerarquía e implícitamente en el dominio de la organización⁴⁸³. Sin embargo, ello constituye sólo un *presupuesto* de responsabilidad, de carácter muy general, puesto que, como ya se ha señalado, la imputación objetiva al administrador del acto de un subordinado suyo depende y de la asunción específica del riesgo desestabilizado que produce el resultado y del concreto dominio de las fuentes de riesgo en dicha esfera de competencia de organización⁴⁸⁴.

Asimismo, con carácter general, se encuentra la posición del administrador normativamente configurada por la Ley de las Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre). Al respecto, el artículo 127 establece como *deber de diligente administración*: (1) “Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”; (2) “Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad”. En ese marco ya se puede identificar mayor concretización: *deberes de diligencia y de información* que le incumben al órgano directivo de la empresa. El deber de diligencia no debe confundirse necesariamente con la conducta

⁴⁸³ Como lo expresa TIEDEMANN, con arreglo al sistema alemán, “(...) debe reconocerse, para el Derecho penal alemán (similar al holandés y al suizo) (...) la existencia de un deber de garante del titular de la empresa o del director de la empresa de impedir delitos de sus empleados y trabajadores, deber que es derivación del derecho de dirigir y de dar órdenes”, en TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, traducción coordinada por Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ (Parte General) y Adán NIETO MARTÍN (Parte Especial), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 144-145.

⁴⁸⁴ Vid. *supra* Cap. IV.

imprudente, pues se refiere a la esfera *extrapenal*. Aquí se inserta, a nuestro juicio, el *deber de vigilancia*. Significa decir que el empresario debe desempeñar sus actividades con cuidado y atención organizada en la dinámica empresarial, so pena de conformarse un presupuesto de imputación sí, en consecuencia de defectos organizacionales de vigilancia, sobreviene un resultado penalmente típico. A su vez, el deber de información supone que el directivo conozca las concretas tareas desarrolladas en su ámbito de organización. Hay otros deberes contemplados por la Ley, como los de fidelidad (art. 127 *bis*), de lealtad (art. 127 *ter*) y de secreto (art. 128 *quáter*).

Ya el artículo 133 de la Ley de las Sociedades Anónimas dispone, respecto de la responsabilidad de los administradores: (1) “Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”; (2) “El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador”; (3) “Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar

el daño o, al menos, se opusieren expresamente a aquél”; (4) “En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”.

Además, se desprende del art. 31 *bis* 2., 1ª condición, del CP, alterado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el *deber legal del administrador de empresa de diseñar e implantar mecanismos de organización y de gestión destinados a prevenir la práctica de delitos en el seno de la sociedad*⁴⁸⁵. El incumplimiento de este deber genera, *inmediatamente*, la responsabilidad de la persona jurídica, pero no es suficiente para generar, *sin más*, la responsabilidad *penal* del órgano de administración. En principio, el administrador tiene el deber de establecer mecanismos de control en su ámbito de organización, pero es necesario que, más allá de ello, dichos mecanismos hubieran efectivamente prevenido la práctica de hechos delictivos, no siendo suficiente la mera disminución del riesgo, aunque este último elemento sí basta para la responsabilidad del ente colectivo. Solamente un *dominio efectivo y una asunción específica de un riesgo desaprobado* en la esfera de organización podrá fundamentar el deber *especial* del garante de evitar el resultado⁴⁸⁶. De todas maneras, el deber de implantar sistemas de vigilancia y

⁴⁸⁵ Artículo 31 *bis* 2. condición 1ª del CP.

⁴⁸⁶ Conforme a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(...) el órgano directivo asume un específico compromiso individual de control o de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos que puedan provenir de los objetos o de las personas sujetos a su supervisión, y con relación estrictamente a las actividades propias de la empresa y a hechos que él esté en condiciones objetivas de evitar de acuerdo con su propio ámbito de competencia en el organigrama empresarial”, en

control es un punto de partida de la posición de garantía titularizada por el administrador.

La comprensión de dichas disposiciones debe realizarse según los límites de la imputación penal objetiva del resultado a título de omisión impropia. En esta dirección, es irrelevante el conocimiento del administrador a efectos de imputarle *objetivamente* el hecho penal. Importan, en este momento de depuración, sólo los aspectos objetivos de la situación concreta: no la previsión, sino la previsibilidad del riesgo desaprobado; no el conocimiento efectivo, sino la posibilidad de conocer. El deber de diligencia y de vigilancia del empresario se expresa en la organización de la que él es funcionalmente responsable. Si la organización se revela defectuosa, es la previsibilidad del riesgo desaprobado (del peligro o del daño efectivo) que se afecta⁴⁸⁷.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 503.

⁴⁸⁷ A efectos de imputación objetiva, es necesario identificar y delimitar claramente el rol, verificando entonces si ha existido el incumplimiento de deberes de garantía en el ámbito de la organización del sujeto, con independencia, en este momento, de sus conocimientos especiales o, en cualquier momento, de conocimientos especiales excedentes del rol y, por tanto, del ámbito de organización del sujeto. Sobre la irrelevancia, en el contexto de la imputación objetiva, de los conocimientos especiales sujeto que excedan el ámbito del rol, POLAINO-ORTS con buen criterio señala que “(...) (o)tros supuestos problemáticos son los de conocimientos especiales excedentes del rol, sino por una fuente especial de conocimiento ajena al mismo. La doctrina mayoritaria considera que son imputables. Pero esa solución no es correcta. Si únicamente pueden ser objeto de una imputación penal la infracción de aquellos deberes pertenecientes, adquiridos o inherentes a un rol, entonces, consecuentemente, han de quedar fuera de la imputación esos conocimientos

Al respecto, es importante recordar las palabras de TIEDEMANN, pues, “(...) una violación del deber de vigilancia puede consistir también en un *defecto de organización*, o sea cuando el titular de la empresa o cualquier otro obligado a efectuar el control omitiesen ‘asegurar el cumplimiento de los deberes empresariales, que él mismo no estuviera en condiciones de realizar, contratando a una persona idónea y confiable, o, cuando él (hubiese regulado) las competencias de manera tan poco clara que esto propiciara el peligro de que se lleguen a violar deberes empresariales porque o bien nadie (pueda) sentirse competente o solamente lo sea una persona idónea para ello’. Las instrucciones deben ser controladas mediante *controles aleatorios*. Cuando deba esperarse que tales controles aleatorios no van a ser suficientes, el empresario debe recurrir a otras medidas idóneas de control, p. ej. realizar amplias y sorpresivas auditorias”⁴⁸⁸. Se trata, por tanto, de controles generales, en el plano objetivo, cuya omisión puede representar, en una situación concreta, la asunción específica de un riesgo desaprobado.

El conocimiento que en concreto el administrador tenga de la situación, y que integre su ámbito de competencia personal, debe evaluarse en un momento posterior del proceso de imputación, para verificar la presencia de una conducta dolosa. Por otra parte, en lo concerniente a la imprudencia, hay que discernir (i) el defecto

especiales”, en POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal como Sistema de Autodeterminación Personal*, op. cit., pág. 117.

⁴⁸⁸ TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, op. cit., pág. 182.

general de la organización configurada por el administrador de (ii) la culpa grave (imprudencia) que pueda existir en su conducta concreta vinculada a un resultado típico. Sólo el primer aspecto está relacionado al momento de la imputación objetiva a título de comisión por omisión, aunque la organización defectuosa pueda revelarse suficiente, en la mayoría de los casos, para la caracterización de una conducta concreta imprudente del administrador. Al respecto, según señala JORGE BARREIRO, “(e)l T.S., en la sentencia del 12 noviembre 1990 (R. 8880), apunta –con razón– que en la comisión por omisión imprudente de da una coincidencia entre el *deber de garante* y el *deber de cuidado*, aunque conceptualmente resulten diferenciables. (...) Para GALLAS, en *ob. cit.*, págs. 32 y 33, el deber de cuidado ha de estar fundado en la posición de garantía del omitente, y la medida del cuidado debido no puede exceder de aquello a lo que el omitente está obligado como garante. A la inversa, señala GALLAS, en el ámbito del delito imprudente por omisión el deber de garante es deber de cuidado, pudiendo sancionar penalmente, a título de comisión por omisión imprudente, a quien lesiona su deber de garante de adoptar determinadas medidas de seguridad o de controlar comportamientos ajenos peligrosos, siempre y cuando el resultado lesivo hubiera sido evitado a través del cumplimiento de ese deber con probabilidad rayana en la seguridad y que ello fuera previsible para el omitente”⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ JORGE BARREIRO, Agustín, “Omisión e Imprudencia: Comisión por omisión en la imprudencia: en la construcción y en la medicina en equipo”, en ORDEIG, Enrique Gimbernat (Dir.),

Sea como sea, no debe olvidarse el hecho de que la violación de cualquiera de los deberes generales legalmente establecidos con respecto al administrador de empresa no es suficiente para configurar la imputación objetiva de un resultado a título de omisión impropia. La equiparación de la omisión a la acción típica depende de otros criterios normativos, según las características de la situación concreta.

Más allá de la ley civil como presupuesto de los deberes de garantía, hay que considerar también los *estatutos sociales* y los *contratos empresariales* que asimismo constituyen fuentes de obligaciones, generales o especiales. De la misma forma que sucede en cuanto a las obligaciones legales, las contractuales conforman un punto de partida, más o menos relevante, hacia la imputación penal a título de comisión por omisión. Sin embargo, debe advertirse que el contrato, mediante una disposición especial, puede representar ya una asunción específica del riesgo desaprobado que produce el resultado típico, lo que en ese caso constituye fuente suficiente del deber de garantía, conforme a los criterios expresados en este trabajo⁴⁹⁰.

Por otra parte, desde un punto de vista político-criminal, como advierte FERNÁNDEZ TERUELO, el contrato “(...) difícilmente va a ofrecer resultados satisfactorios en el ámbito que nos ocupa”, ya que “(e)n concreto, la determinación contractual de obligaciones de control de los miembros del órgano de

La Comisión por Omisión, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 221-250, esp. 231 y 232.

⁴⁹⁰ Vid. *supra* Cap. IV.

administración, respecto a la actuación de subordinados será más que infrecuente, pues los gestores suelen adoptar las medidas necesarias para limitar en lo posible las obligaciones que les afecten en los estatutos sociales o en otros instrumentos que les vinculen”⁴⁹¹. En efecto, como se trata de una fuente voluntaria, hay claras posibilidades de limitación de deberes por parte del propio órgano directivo.

B) Injerencia

Por último, la *injerencia* consiste en el actuar peligroso precedente, *aún en la esfera del riesgo permitido*⁴⁹². En este sentido, constituye, como la ley y el contrato, un presupuesto del deber de garante, el cual se perfeccionará si sobreviene una conversión, especialmente asumida por el sujeto, del riesgo permitido desaprobado.

Sin embargo, en cuanto a la injerencia como fuente de deberes de garante, no existe acuerdo en la doctrina sobre la exigencia o no de que el actuar anterior precedente sea contrario al Derecho⁴⁹³. Se trata de saber si el actuar precedente debe

⁴⁹¹ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 104.

⁴⁹² Al respecto, con todo, hay divergencia en la doctrina, como se indica a continuación, en el texto principal.

⁴⁹³ Al respecto, vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, op. cit., págs. 6-112, esp. 57 a 64.

estar o no, *actualmente*, dentro de los límites del riesgo desaprobado para la conformación del deber de garantía por injerencia⁴⁹⁴. Como señalado, nos parece que el deber de garantía puede constituirse incluso cuando el actuar peligroso está en los márgenes del riesgo permitido, no se exigiendo, por lo tanto, una actuación previa antijurídica. Esta es la posición, por ejemplo, de JAKOBS⁴⁹⁵, KUHLEN, RUDOLPHI, HIRTE y MEIER⁴⁹⁶, en la doctrina alemana⁴⁹⁷. A nuestro juicio, con todo, la referencia –previsibilidad– del riesgo desaprobado, es esencial, en el sentido de que el garante sólo estará obligado a intervenir si el riesgo permitido se convierte en desaprobado.

En este sentido, la injerencia, aún en los márgenes del riesgo permitido, genera el deber de garantía de evitar el resultado si el riesgo permitido se convierte en riesgo desaprobado. O, como expresa KUHLEN, citado por GIMBERNAT ORDEIG, “(...) en la literatura científica gana terreno crecientemente la limitación –defendida

⁴⁹⁴ Como refiere ROXIN, “(e)n parte se exige –también en la jurisprudencia alemana– una acción precedente antijurídica, en parte una acción precedente especialmente peligrosa y en parte el deber de garante es ubicado en la relación final de protección entre acción precedente y el resultado”, en ROXIN, Claus, “Injerencia e Imputación Objetiva”, op. cit., págs. 152-161, esp. 155.

⁴⁹⁵ JAKOBS, Günther, “Teoría y *Praxis* de la Injerencia”, op. cit., págs. 17-50, esp. 48.

⁴⁹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, op. cit., págs. 6-112, esp. 58.

⁴⁹⁷ JAKOBS sostiene que la injerencia no supone necesariamente un comportamiento contrario al Derecho, aunque reconociendo que ello puede constituir una solución demasiado amplia. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, op. cit., págs. 6-112, esp. 61 y 62.

con muchos matices— de la injerencia a casos de peligro por un comportamiento de *riesgo incrementado* en relación con la conducta normal y cotidiana. Ciertamente que todo ello necesita de ulteriores concreciones. Pero la producción y la introducción en el comercio de bienes impone en la sociedad actual una actividad tan arriesgada que desencadena una posición de garante del fabricante y del distribuidor, independientemente de si, al tiempo de la distribución, era cognoscible una peligrosidad anormal de determinados productos”⁴⁹⁸.

Así pues, basta con que el actuar antecedente exceda el riesgo normal —riesgo incrementado o especial—, no se exigiendo, con todo, que el riesgo sea antijurídico en este momento antecedente. Tal y como expone JAKOBS, “(...) si no sólo un comportamiento antijurídico, sino cualquier *asunción de un riesgo especial, es decir, de un riesgo cuya neutralización sea cometido del autor de acuerdo con la asignación hecha por el ordenamiento jurídico* (sea de él solo, sea junto con la víctima) genera deberes de injerencia, tal y como lo insinuó el BGH en la sentencia relativa a la conducta de injerencia en el tráfico rodado y —en contra de la formulación literal— aplicó materialmente en la resolución relativa a la responsabilidad por el producto, esto significa que se trata de deberes de garantía, pero no que los garantes no puedan introducir —de modo diverso en función de la cualidad de la conducta previa— sus intereses en colisión”⁴⁹⁹. La responsabilidad

⁴⁹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, op. cit., págs. 6-112, esp. 58.

⁴⁹⁹ JAKOBS, Günther, “Teoría y Praxis de la Injerencia”, op. cit., págs. 17-50, esp. 48.

concreta por la acción salvadora, con todo, sólo existirá si el riesgo permitido, en un momento posterior, se convierte en riesgo desaprobado.

Por otro lado, juristas como SCHÜNEMANN⁵⁰⁰ y ROXIN⁵⁰¹, entre otros, sostienen la posición contraria, afirmando que la injerencia sólo existe si el actuar peligroso se sitúa en los márgenes del riesgo desaprobado (no permitido), al constituir un comportamiento activo contrario al Derecho⁵⁰². En la doctrina española, mantiene la misma posición, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER⁵⁰³. A nuestro juicio, la *referencia* del riesgo desaprobado sí existe como fundamento *de imputación objetiva*; pero la constitución del deber de garante radica en la acción *especialmente* peligrosa, no necesariamente antijurídica⁵⁰⁴, y el posterior deber concreto de actuar como garante sólo existirá si el riesgo permitido se convierte en riesgo desaprobado.

⁵⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, op. cit., págs. 6-112, esp. 60 y 61.

⁵⁰¹ ROXIN, Claus, “Injerencia e Imputación Objetiva”, en *Revista Penal*, núm. 19, 2007, págs. 152-161, esp. 155 a 158.

⁵⁰² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, op. cit., págs. 6-112, esp. 60 y 61.

⁵⁰³ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, op. cit., pág. 200.

⁵⁰⁴ Como lo expresa JAKOBS, “(u)na limitación a comportamientos previos antijurídicos es demasiado estricta; debe responder cualquiera que se haya arrogado frente a la víctima un riesgo especial”, en JAKOBS, Günther, “Teoría y *Praxis* de la Injerencia”, op. cit., págs. 17-50, esp. 50.

III. Dominio y asunción específica

Según los criterios concebidos especialmente por SCHÜNEMANN, la posición de garante del administrador de empresa se fundamenta en el *dominio* que tenga sobre las fuentes de riesgo y sobre los sujetos integrantes de la organización empresarial⁵⁰⁵. Conforme al jurista alemán, “(...) me parecen pertinentes unas observaciones sobre la posición de garante general del principal o de los superiores en la empresa: mientras la teoría formal del deber jurídico cae en un grave atolladero en la cuestión de la responsabilidad de los administradores, la pauta de la equiparación restrictiva del ‘dominio sobre la causa del resultado’, desarrollada por mí, puede asimilar sin grandes dificultades la responsabilidad de los administradores, concretamente por el dominio de la vigilancia ejercido con los medios de poder de la agrupación (dirección e información) sobre los miembros subordinados de la misma y/o en virtud de la custodia sobre los objetos peligrosos del patrimonio empresarial que son propiedad de la agrupación”⁵⁰⁶.

Producto de lo anterior, se distinguen ahí dos ámbitos de dominio, según expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: (i) el *dominio material*, consistente en el dominio fáctico y empírico sobre los procedimientos peligrosos de la empresa, lo que deriva

⁵⁰⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, “Responsabilidad Penal en el Marco de la Empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, op. cit., esp. 30.

⁵⁰⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, “Responsabilidad Penal en el Marco de la Empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, op. cit., esp. 30.

de la asunción por el administrador de un ámbito especial de competencia en la organización empresarial⁵⁰⁷; (ii) el *dominio personal*, consistente en el dominio sobre el comportamiento de los sujetos subordinados⁵⁰⁸ en la organización jerárquica⁵⁰⁹. Los dos aspectos han sido reconocidos por el Tribunal Supremo en,

⁵⁰⁷ Conforme a GALLEGO SOLER, “una situación de dominio fáctico sobre elementos o procedimientos peligrosos (dominio material)” implica que “(...) existe responsabilidad [del empresario garante] si pierde la custodia del objeto y que la responsabilidad no surge del mero hecho de estar ubicado en el vértice de la estructura jerárquica, sino sólo de la relación específica de custodia”, en GALLEGO SOLER, José-Ignacio, “Criterios de Imputación de la Autoría en las Organizaciones Empresariales”, en GIMENO JUBERO, Miguel Ángel (Dir.), *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 49-134, esp. 71.

⁵⁰⁸ Según AGUSTINA SANLLEHÍ, “(...) existiendo un riesgo *objetivo y previsible* de que un trabajador cometa de forma dolosa o imprudente un delito en la esfera de dominio de la empresa, el garante tiene un *deber positivo* de intervenir. Y el hecho de estar en su poder de disposición remover al trabajador peligroso del punto de encuentro con la oportunidad delictiva –es decir, el hecho de tener capacidad de evitar el resultado lesivo– le podría llegar a convertir en autor o participe del delito de su subordinado, cuando menos en empresas cuya actividad es *manifiestamente peligrosa*”, en AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *El Delito en la Empresa: Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, op. cit., pág. 178. Vid. también GALLEGO SOLER, José-Ignacio, “Criterios de Imputación de la Autoría en las Organizaciones Empresariales”, op. cit., págs. 49-134, esp. 71.

⁵⁰⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 501. Sobre el dominio personal, conforme a BOTTKE, “(...) un titular de establecimiento o superior responde en virtud de un eventual tipo imprudente por un delito común, relativo al establecimiento, de un subordinado, delito que aquél no impide mediante la correspondiente vigilancia, concurriendo una lesión del deber de seguridad que le es individualmente reprochable, aún cuando el subordinado actúe con dolo”, en BOTTKE, Winfried, “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles en la empresa económica”, en MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 129-198, pág. 193.

por ejemplo, la Sentencia de 1828/2002, de 25 de octubre: “Resulta innegable que los responsables de producción de las empresas contaminantes asumen un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan proceder de las personas o cosas que se encuentran bajo su dirección”⁵¹⁰.

En lo que respecta específicamente al dominio personal, es interesante referirse también a la posición del Tribunal Supremo, por el tratamiento autónomo de esta categoría, en la STS 257/2009, de 30 de marzo: “En la doctrina el problema de la responsabilidad por las acciones de personas subordinadas es planteado en el marco de las reglas de la comisión por omisión, que define el art. 11 CP, analizando en particular la posible existencia de un deber de garante que incumbiría a quienes tienen una determinada autoridad y la posibilidad de vigilancia sobre otras personas, de cuya conducta pueden derivarse peligros para intereses jurídicos ajenos. En este sentido se ha considerado que ‘también las personas, cuyas conductas están bajo control de quien ejerce una vigilancia sobre ellas, pueden ser una fuente de peligros’ y el cuidado y control de la misma puede ser objeto de un deber de garante que imponga al sujeto evitar que tales peligros se concreten en el resultado del tipo de un delito. En tales casos, se ha sostenido incluso, que el fundamento del deber de garante derivado de la autoridad tiene una significación independiente, tanto respecto de un hecho anterior peligroso como de una libre aceptación de la posición de garante, pues se entiende que se trata del dominio sobre una determinada fuente

⁵¹⁰ TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 1828/2002, 25.X.2002. Ponente: SÁNCHEZ MELGAR, Julián.

de peligros, análogo al que rige para los peligros provenientes de cosas, pero que, en este caso, está referido a peligros emergentes de personas”⁵¹¹.

En este contexto y en base a lo expuesto anteriormente, la responsabilidad del administrador se fundamenta no sólo en su poder de mando sobre el subordinado, sino también en el mayor ámbito de información *global* que el primero tiene, a diferencia del conocimiento fragmentario del último⁵¹². El art. 15, apartado 1, de las *Propuestas Eurodelitos*, de SCHÜNEMANN y TIEDEMANN, trata específicamente del *dominio personal*, disponiendo que “(s)erá también sancionado como autor, en los supuestos a que se refiere el apartado segundo, quien debido a su dominio sobre otra persona está obligado legalmente a evitar que actúe ilícitamente, siempre que tenga conocimiento del hecho y hubiera podido impedir o dificultar esencialmente su realización mediante una supervisión adecuada”⁵¹³.

Por otro lado, especialmente en el caso del *dominio material*, el control de las fuentes de riesgo integra el ámbito de competencia específica del órgano de administración de la empresa. El empresario administrador es garante por *asunción*

⁵¹¹ TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 257/2009, 30.III.2009. Ponente: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. En el mismo sentido, vid. TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 234/2010, 11.III.2010. Ponente: MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel Colmenero.

⁵¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 501.

⁵¹³ Vid. especialmente SCHÜNEMANN, Bernd, “Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos”, op. cit., págs. 35-38.

*de tareas específicas*⁵¹⁴, dentro de un *rol especial*, y por el subsecuente *dominio material* que tenga sobre los riesgos inherentes a las funciones específicamente asumidas. Como señala BACIGALUPO, “(e)n principio, existe un cierto acuerdo respecto del control de peligros de la empresa provenientes de fuentes no humanas de peligro. En términos generales se admite la posición de garante cuando la fuente de peligro se encuentra dentro del ámbito de dominio del omitente o éste se encontraba socialmente en una posición mejor que la de otros para evitar el resultado”⁵¹⁵.

Sobre la relación entre dominio y asunción especial, tal y como expone el propio SCHÜNEMANN, “(...) de acuerdo con el fundamento lógico-material del principio del dominio, esta posición de garante dentro de la empresa es atribuible a los órganos particulares de la empresa en función de la esfera empresarial que dominen, de modo que, por ejemplo, con la asunción de competencias determinadas también se transmite *eo ipso* la posición de garante correspondiente: si el director de un parque móvil se jubila y se contrata a un director nuevo, éste, con el dominio sobre el parque móvil, asume también, evidentemente, la posición de garante de

⁵¹⁴ Conforme a REQUENA JULIANI, “(l)a asunción consiste en una disposición concluyente del garante hacia el aseguramiento o salvación de un bien que constituye el motivo por el que dicho bien es conducido a un estado en el que tal aseguramiento o salvación ya son necesarios”, en REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., págs. 157-176, esp. 170.

⁵¹⁵ BACIGALUPO, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia”, op. cit., págs. 177-189, esp. 182.

protección frente a los peligros procedentes de los automóviles que se encuentren en su ámbito de dominio”⁵¹⁶. Y siguiendo al mismo autor, además señala que, “(...) la figura del administrador de hecho sólo es explicada completa y exclusivamente mediante la teoría de la garantía que desarrollé para la interpretación de la responsabilidad del representante, según la cual no se trata de otra cosa que de la transmisión y la asunción de una posición de dominio (...)”⁵¹⁷.

En este contexto, es significativo el elemento de la *auto-organización* del empresario administrador, lo cual estrecha las relaciones entre la asunción de su ámbito de dominio y los hechos delictivos cometidos en los riesgos asociados a esta esfera especial. Según expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, debe existir una “(...) estrecha conexión (...) entre el hecho delictivo cometido y el ejercicio de las facultades individuales de auto-organización’ (...) De ahí que, a la postre, se proponga que el criterio del dominio debe ser completado con la idea de la ‘aceptación de funciones de seguridad’, la cual proporciona –a su [de LASCURAÍN SÁNCHEZ] entender– una nueva orientación de la cuestión fundamental de qué instituciones generan roles de garantía y por qué razón. De acuerdo con ello, el fundamento normativo de este segundo criterio general que permite justificar plenamente la responsabilidad omisiva residirá si el sujeto ocupa una posición de

⁵¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, “Responsabilidad Penal en el Marco de la Empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, op. cit., esp. 30 y 31.

⁵¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd, “Responsabilidad Penal en el Marco de la Empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, op. cit., esp. 37.

especial competencia, con arreglo al principio de distribución adecuada de libertades y cargas, con el fin de evitar que se produzcan determinados cursos causales peligrosos ajenos⁵¹⁸. En el mismo sentido, subraya NUÑEZ CASTAÑO que la posición de garantía del titular de la empresa se vincula a “(...) los procesos de riesgo que él mismo desata (injerencia) y respecto a los cursos de peligro que proceden de los animales, objetos, procedimientos o personas sin margen de autonomía que se encuentran o que actúan en su empresa⁵¹⁹, tratándose de “procesos o factores peligrosos que el empresario domina o debe dominar y que parte de su círculo de organización o se ubican en él⁵²⁰.

Con ello se establece una relación entre el criterio normativo de la *competencia de organización* –que se detallará más adelante⁵²¹– en torno al criterio fáctico del *dominio*. No sólo la asunción formal de un ámbito normativo de competencia personal es suficiente para conformar la responsabilidad del administrador, sino que se exige un ámbito fáctico de dominio sobre la causa del resultado: dominio sobre las fuentes de riesgo desaprobado. Tal y como señala BATISTA GONZÁLEZ, “(...) lo decisivo para la posición de garantía es el ejercicio

⁵¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 501.

⁵¹⁹ NUÑEZ CASTAÑO, María Elena, *Responsabilidad Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 47.

⁵²⁰ NUÑEZ CASTAÑO, María Elena, *Responsabilidad Penal en la Empresa*, op. cit., pág. 48.

⁵²¹ Vid. *infra* Cap. VII. Apartado D.

material de las funciones propias de una determinada esfera de competencia y no su ostentación formal”⁵²². A nuestro juicio, no existe incompatibilidad, sino complementariedad, entre los dos criterios, normativo y fáctico.

En efecto, según la concepción aquí adoptada, no hay una esencial incompatibilidad entre las teorías de dominio, como la modernamente formulada por SCHÜNEMANN⁵²³, y la teoría de competencia de organización, tal cual dimensionada por JAKOBS⁵²⁴, sino que una y otra se complementan. En el complejo ámbito de la imputación objetiva por omisión del organizador, dichas categorías asumen *en conjunto* una particular relevancia, como criterios esenciales de control de la intervención penal. El garante es normativamente responsable por las fuentes de riesgos insertas en su ámbito de organización, más o menos extenso.

Por otra parte, un sistema racional debe considerar también el dominio funcional y empírico de las fuentes ya descritas, como fundamento esencial de responsabilidad. BATISTA GONZÁLEZ expresa ese mismo sentido, al señalar que “(l)os titulares de los órganos de dirección de las empresas asumen un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que pueden dimanar de las personas o

⁵²² BATISTA GONZÁLEZ, María Paz, “La Responsabilidad Penal de los Órganos de la Empresa”, op. cit., págs. 153 y 154.

⁵²³ SCHÜNEMANN, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, op. cit., págs. 288 y sig.

⁵²⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 972 y sig.

cosas que se encuentran sometidos a su dirección, bien en relación con el dominio sobre la causa del resultado o en relación con la idea de competencia sobre un ámbito de organización”⁵²⁵.

Esta posición, con todo, no es aceptada por parte de la doctrina. Como refiere MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(e)n nuestra doctrina, GRACIA (2004, p. 477) se ha manifestado en un tono escéptico a la hora de aceptar la viabilidad y operatividad de la combinación o complementariedad entre la teoría del dominio de SCHÜNEMANN con el aludido criterio funcionalista de la aceptación de funciones de seguridad, el cual, por lo demás, a su juicio, difícilmente podría añadir algo nuevo al criterio del dominio, puesto que en el seno de dicha teoría el dominio sobre la causa del resultado – capaz de fundamentar la identidad entre acción y omisión – tiene que ser un dominio necesariamente *actual* y, en consecuencia, no puede bastarse con meramente potencial; y de esta caracterización del dominio se deriva forzosamente el dato de que la aceptación o la asunción del riesgo de que se trate

⁵²⁵ BATISTA GONZÁLEZ, María Paz, “La Responsabilidad Penal de los Órganos de la Empresa”, op. cit., pág. 148. En sentido semejante, expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que, “(...) la exigencia expresa del criterio de la aceptación de funciones de seguridad, como requisito independiente añadido al criterio del dominio, posee ante todo una clara virtualidad a la hora de dilucidar la responsabilidad omisiva en el seno de las organizaciones empresariales: poner el necesario énfasis en el dato de que los deberes de garantía tienen que fundamentarse en última instancia en el ejercicio de la libertad o de la autonomía personal, lo cual permite ofrecer sólidas pautas democráticas de legitimación para la justificación de los deberes de garantía, desde el momento en que éstos se asientan en el valor de la autonomía personal y en del valor igual de la autonomía de todas las personas”, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 505.

constituye un requisito necesario y una condición de posibilidad de ejercicio del dominio *actual* sobre la causa del resultado. También el propio SCHÜNEMANN (2005, p. 998 s.) ha apuntado que, de un lado, con la combinación de ambos criterios se desdibujan las profundas diferencias dogmáticas que existen entre estas dos posiciones, y que, de otro lado, el criterio del dominio (en la medida en que está basado en hechos *reales*) permite determinar ya, por sí mismo, la posición de autor⁵²⁶.

A nuestro juicio, no se puede confundir el *fundamento* de los deberes de garantía, identificado en último análisis en la libertad y la autonomía personal, en torno a la idea de *asunción*, con los *específicos criterios de imputación* del resultado lesivo al titular del deber de garantía (el dicho *garante*). En efecto, la autonomía personal y la correlacionada aceptación o asunción de funciones de seguridad constituyen los fundamentos de la propia existencia de deberes de garantía o de aseguramiento de fuentes de riesgo; pero, a partir de ahí, imputarle el hecho al garante supone identificar *ámbitos de competencia normativa* y, además, *situaciones objetivas de dominio fáctico, material y personal*, sobre los cursos causales que generaran el resultado lesivo. Desde este punto de vista, no parece haber incompatibilidad entre los criterios considerados. A continuación, se detalla la teoría de la competencia de organización, con referencia especial a la esfera empresarial.

⁵²⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., págs. 504 y 505.

IV. La responsabilidad por la propia organización, con exclusión de terceras personas

La competencia de organización representa elemento clave para la comprensión de la problemática de los deberes de garante en el funcionamiento de la empresa. Así, establecidas las fuentes formales de la posición de garante, cumple examinar dicho criterio en su configuración respecto de la realidad empresarial, antes del estudio de los aspectos relacionados al rol del empresario y a los demás requisitos normativos válidos para el perfeccionamiento de la imputación a título de omisión impropia.

Conforme a la exposición de JAKOBS, la responsabilidad por la propia organización puede definirse a través de *medios materiales de despliegue*, lo que conduce a los *deberes de relación*, y a través de un *comportamiento ya practicado*, lo que a su vez conduce a los *deberes por injerencia* (hacer precedente)⁵²⁷. El fundamento de los deberes de relación es –siguiendo al mismo autor, “(...) la incumbencia o responsabilidad del organizador por la organización interna,

⁵²⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 972.

excluyendo la de las personas amenazadas en sus bienes”⁵²⁸, mientras que, en lo concerniente a los deberes por injerencia, “el comportamiento precedente es un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al aseguramiento al titular del ámbito de organización que se ha convertido en peligroso”⁵²⁹. En uno y otro caso el “responsable de un ámbito de organización es el legitimado para configurarlo y con ello para excluir de él a otras personas”⁵³⁰.

En la esfera empresarial, el órgano directivo de la sociedad configura un ámbito de organización del que es responsable, con exclusión de terceras personas⁵³¹. Como lo expresa y detalla JAKOBS, “(l)a suma de todos los derechos susceptibles de ser lícitamente defendidos es el círculo de organización de la

⁵²⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 972.

⁵²⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 973.

⁵³⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 974.

⁵³¹ En el mismo sentido, vid. FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 99-128, esp. 113. En la jurisprudencia, el Tribunal Supremo de España afirmó el mismo criterio en la STS 1828/2002, de 25 de octubre. Vid. Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 1828/2002, 25.X.2002. Ponente: SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “Se trata de que en este ámbito de relaciones jerarquizadas la conducta relevante será la de aquél que ‘es responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas’”.

persona, y puesto que la persona es tan libre en su organización como en la determinación de su comportamiento corporal, especialmente, está autorizada para excluir a cualquier otra persona de esa organización, de modo correspondiente sólo ella, es decir, la persona que es titular del círculo de organización, puede ser quien debe procurar su configuración sin consecuencias lesivas y quien debe responder por eventuales errores en esa configuración”⁵³².

Dicha responsabilidad por la propia organización es lo que antes de todo fundamenta, junto con por lo menos una de las fuentes formales antes estudiadas, los deberes de garantía. Así, la competencia de organización genera para el titular de la empresa deberes de aseguramiento de fuentes de peligro propias del modo por el cual está configurado dicho ámbito organizativo (en el caso de la empresa, por los principios de jerarquía y división de trabajo). Tal y como lo expresa AGUSTINA SANLLEHÍ, “(d)esde un punto de vista general, el titular de una empresa ostenta un deber de garante que se fundamenta ciertamente en el hecho de que, al iniciar una actividad empresarial –configurando su ámbito de dominio con exclusión de terceros–, se ponen en marcha *curso causales* respecto de los cuales ostenta la responsabilidad positiva (derivada de un principio general como es la *injerencia*) de evitar que se puedan lesionar bienes jurídicos. Se trata de una manifestación del principio de *responsabilidad por la propia organización* que, a través de la estructura y división de funciones en el organigrama de la compañía, se aplicaría a

⁵³² JAKOBS, Günther, “Teoría y *Praxis* de la Injerencia”, op. cit., págs. 17-50, esp. 20.

uno de los miembros en relación con su concreta esfera de competencia”⁵³³. Y añade la jurista que, “(a)l mismo tiempo, junto a un principio de responsabilidad genérico –la injerencia es, en este sentido, un *principio supletorio*–, el empresario asume el compromiso de intervenir, controlar y contener aquellos concretos cursos causales que, de forma previsible, puedan generar lesiones penalmente relevantes. En este sentido, los deberes de garante del empresario tienen que ser determinados en cada caso por referencia a la concreta situación que se valora”⁵³⁴.

Así comprendida, la responsabilidad por la propia organización tiene origen en la autonomía organizativa, con independencia de la actuación de terceras personas⁵³⁵, lo que en realidad no es incompatible con la teoría del dominio, de SCHÜNEMANN, aunque la supere, con otros elementos⁵³⁶.

Por otra parte, se habla también de la fundamentación del deber de garantía en virtud de una *responsabilidad institucional*, al lado de la responsabilidad por organización. Según indica JAKOBS, “(...) se trata de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir,

⁵³³ AGUSTINA SANLLEHÍ, José R., *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, op. cit., pág. 176.

⁵³⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ, José R., *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, op. cit., pág. 176.

⁵³⁵ JAKOBS, Günther, “Teoría y Praxis de la Injerencia”, trad. de Manuel CANCIO MELIÁ, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, págs. 17-50, esp. 17 a 22.

⁵³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, op. cit., págs. 288 y sig.

de altruismo – aun cuando no necesariamente desinteresado”⁵³⁷, añadiendo el mismo autor que, “(...) con ello, los deberes derivados de tales instituciones sólo pueden ser equivalentes a la comisión si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por sus consecuencias”⁵³⁸. El jurista alemán refiere, al respecto, las siguientes instituciones: “(...) la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, así como –para los deberes genuinamente estatales– las relaciones estatales de poder, la función ‘policial’ de velar por la seguridad básica y, por último, el velar por la sujeción a la ley de la Administración y de la Administración de la Justicia, como principio básico del Estado de Derecho”⁵³⁹.

Se dice que la responsabilidad institucional supone para el garante no sólo un deber de aseguramiento de riesgos, sino también el deber de prestaciones positivas a favor de los bienes jurídicos potencialmente afectados en la relación. Tal como expone CARO JOHN, “(l)os deberes a que se refieren los delitos de infracción de deber no se limitan únicamente a un deber negativo general de ‘no dañar’, sino que más bien se extienden al deber positivo de todo obligado especial de protección y favorecimiento de los bienes colocados dentro de su esfera jurídica. Por esta razón el

⁵³⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 994.

⁵³⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 994.

⁵³⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 994.

Derecho penal dirige su programa no solamente al aseguramiento de esferas externas de libertades en forma negativa, sino que también exige del autor una producción positiva a favor de los bienes que tiene el deber de proteger⁵⁴⁰. Ello se aplica a la comisión por omisión en general, para todas las esferas en las que se puedan identificar *instituciones* (competencia institucional). Como ha identificado JAKOBS, son ejemplos de instituciones: la relación de padres e hijos, el matrimonio, la confianza especial, la función estatal de velar por la seguridad, la administración de la justicia⁵⁴¹.

Sin embargo, no nos parece que la responsabilidad institucional fundamente, de cualquier forma que sea, los *deberes primarios de garante del empresario*. En este contexto, argumenta REQUENA JULIANI que hay esferas *en el dominio empresarial* en las que se impone al empresario no sólo un deber de aseguramiento de una fuente de riesgos, sino también una prestación positiva a favor del bien jurídico amenazado⁵⁴². Señala entonces el jurista que es precisamente la responsabilidad institucional la que fundamenta el deber de garante en los ámbitos de la administración de patrimonios ajenos y de la gestión de negocios de otros,

⁵⁴⁰ CARO JOHN, Juan Antonio, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, Lima, 2003, págs. 49-71, esp. 62.

⁵⁴¹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 995.

⁵⁴² REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., págs. 171 y 172.

afirmando expresamente que, “(e)stos ejemplos han sido habitualmente considerados como supuestos de asunción de la posición de garante, pero no se trata en realidad del deber de compensar la exposición del bien al peligro o la omisión de otras medidas de seguridad por parte del titular motivada por la asunción del garante; sino de la existencia de una verdadera comunidad de intereses (institución) que obliga al garante a desarrollar prestaciones de carácter positivo a favor del titular”⁵⁴³. Y añade también el autor que, “(...) el que asume la administración de un patrimonio ajeno no solamente debe organizar su actividad de modo que se eviten daños al mismo, sino que debe también adoptar las medidas necesarias para evitar que el mismo pueda resultar dañado por terceros; e incluso obligado a realizar otras actividades de mejora de su situación (por ejemplo, el cobro de créditos que de otro modo podrían quedar perjudicados)”⁵⁴⁴.

No compartimos esa orientación. Desde luego, los ejemplos de la administración de patrimonios ajenos y de la gestión de negocios de otros constituyen situaciones legalmente disciplinadas. Así, los derechos y los deberes que tenga el administrador/gestor en esos casos emanan de un régimen jurídico propio, que sólo puede constituir un *presupuesto/fuente formal* de la situación de garante, según se ha estudiado en el núm. II de este capítulo⁵⁴⁵. La disciplina legal de dichas

⁵⁴³ REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., págs. 171 y 172.

⁵⁴⁴ REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., pág. 172.

⁵⁴⁵ Vid. *supra* Cap. VII, núm. II.

situaciones no justifica la identificación de conexiones vitales comprensibles como “instituciones”; ello tan sólo significa que sea la Ley civil, antes de todo, la fuente formal del deber de garante, en el sentido del artículo 11 del CP. Sí, en conformidad con los otros requisitos, se perfecciona la posición de garante, su titular debe asegurar la fuente de riesgos, evitando que ésta se convierta en un riesgo desaprobado y, en todo caso, que se produzca un resultado penalmente típico. Las referidas “prestaciones positivas a favor del bien jurídico”⁵⁴⁶ (por ejemplo, “actividades de mejora”) solamente integran, a nuestro juicio, el ámbito civil y no pueden constituir un criterio válido en orden a apreciar la equiparación normativa entre acción y omisión, a efectos de imputarle al administrador/gestor el resultado del delito. En suma, el fundamento de la imputación objetiva no es la omisión de prestaciones positivas a favor del bien jurídico (lo que, naturalmente, puede configurar un ilícito civil), sino el riesgo desaprobado no contenido por el sujeto y, por ende, concretamente generador de un resultado de daño o de peligro concreto hacia el bien jurídico. Aunque dichas prestaciones positivas no se hayan concretizado, el titular del deber de garante no responderá por el resultado si ha conducido los mecanismos posibles de aseguramiento de la fuente de riesgo desaprobado. Por lo tanto, sólo la asunción específica del riesgo desaprobado representa criterio aceptable de imputación a título de omisión impropia, asunto que se desarrolla en el número siguiente.

⁵⁴⁶ REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., pág. 171.

**V. Imputación objetiva del resultado del delito:
rol del órgano directivo, asunción específica,
competencia de organización y
dominio del riesgo desaprobado**

**A) El rol del órgano directivo:
organización y riesgo desaprobado**

Se plantea aquí la cuestión de cuáles deberes, dentro de la multiplicidad normativa que conforma el estatuto del administrador, asumen especial trascendencia hasta al punto de constituir deberes de garantía de la evitación –o, según una posición doctrinal, de disminución del riesgo– de un resultado penalmente típico. Ello presupone, naturalmente, que no todos los deberes formales integrantes del rol del órgano directivo de la empresa constituyen deberes de garantía, lo que significa decir que no todo incumplimiento de deber conforma una omisión normativamente equiparable a la acción típica. Hay que identificar, conforme a criterios claros, en qué situaciones los deberes asumen relevancia tal que su

incumplimiento constituya omisión equiparable a una acción típica, desde que se produzca el resultado del delito.

Cumple advertir que el *rol especial*⁵⁴⁷, entendido como el conjunto de derechos y deberes que delimitan las expectativas normativamente depositadas en un determinado sujeto⁵⁴⁸, no se compone sólo de obligaciones legales o contractuales, sino también, y muy especialmente en el ámbito de la comisión por omisión en la empresa, de *situaciones normativas de riesgo desaprobado*.

En cuanto al aspecto esencial del riesgo desaprobado, cobra importancia referir estas palabras de FEIJOO SÁNCHEZ, al señalar que “(p)uede ser que la empresa haya actuado dentro de los márgenes de riesgo permitido con lo cual su coordinación con otros ámbitos ha sido correcta y no se puede entender lo sucedido como un injusto, sino meramente como una desgracia. En el ámbito de las actividades empresariales suele existir un riesgo residual en beneficio de la actividad que es admitido por el Derecho Penal como orden jurídico secundario. Los márgenes de permisión de riesgos en el ámbito de las actividades empresariales

⁵⁴⁷ Al respecto, vid. JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, trad. de Enrique PEÑARANDA, Carlos J. SUÁREZ y Miguel CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1997, págs. 363 y sig.

⁵⁴⁸ Según POLAINO-ORTS, “(...) puede definirse muy sencillamente la imputación penal como la *desviación respecto de aquella expectativa que compete al portador de un rol* o, más escuetamente: como la *desviación de un rol* (...). La imputación objetiva es, pues, en esencia una *defraudación imputable de las expectativas sociales*, correlativamente con la concepción de la norma como modo de orientación de conductas y como fundamento estabilizador de expectativas sociales”, en POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 63-100, esp. 74.

suelen ser muy amplios, ya que vivimos en una sociedad que necesita producir de forma competitiva con otros mercados. Un ejemplo muy concreto: no existe una organización incorrecta de una empresa (es decir, un riesgo no permitido) si ha cumplido sobradamente con sus deberes de instrucción a los consumidores sobre los peligros inherentes a la utilización de sus productos. Por mencionar un ejemplo real, la S.A.P. Jaén n. 78/1999 (Sección 1a) de 28 de mayo, absuelve a varias personas de la posible comisión de un delito de homicidio imprudente basándose en la constatación de partida de que la empresa tenía un plan de seguridad adecuado, comprobado un día antes del accidente, que se plasmaba en la existencia de medidas de seguridad adecuadas”⁵⁴⁹.

En este sentido, no es incorrecto afirmar que los deberes de garantía coinciden con el *rol* del sujeto, vale decir, con las expectativas normativas depositadas en él y que le imponen un deber de aseguramiento siempre que su ámbito de organización le ponga en un contexto de *riesgo desaprobado*. El rol del empresario, por tanto, se integra por su ámbito de competencia personal y de dominio configurado, (i) alternativamente, por la ley, por los estatutos sociales/contratos o por la injerencia (art. 11 del CP español) y, (ii) siempre, por una situación concreta de riesgo desaprobado específicamente asumida por el sujeto (en

⁵⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, op. cit., págs. 5-25, esp. 19.

su competencia de organización), conforme a los criterios que se han estudiado anteriormente⁵⁵⁰.

Bajo el mismo orden de ideas, a título de ejemplo, se espera del empresario que coloca productos peligrosos en el mercado, la adopción de adecuadas medidas de precaución y de contención del riesgo. Ello en función de su rol, que lo hace normativamente responsable de los daños causados por la actividad empresarial. La *previsibilidad* de un riesgo desaprobado (por ejemplo, la utilización del producto de una determinada forma) impone consecuentemente que se apliquen medidas de información/orientación al consumidor, que es precisamente lo que se espera (expectativa normativa en función de la ley, pero también de la previsibilidad del riesgo desaprobado) del empresario. Asimismo, si se desvela la nocividad del producto posterior a su colocación en el mercado, se espera del empresario, en función ya entonces de la *actualidad* del riesgo desaprobado, la inmediata retirada, en orden a evitar la realización de eventos lesivos. Si no se produce dicha retirada del producto nocivo, la asunción específica del riesgo desaprobado por el empresario lo hace responsable del resultado típico (de lesión o de peligro concreto); habrá acaecido entonces una violación de la expectativa normativa configurada en el rol del empresario.

La jurisprudencia del TS ha considerado, aunque sea implícitamente, el riesgo desaprobado o prohibido como base del deber de aseguramiento o contención

⁵⁵⁰ Vid. esp. *supra* Capítulo IV, núm. III, apartado C), ítem 4).

que se espera del órgano directivo de la empresa. En el famoso caso del “aceite de colza”, semejante al segundo ejemplo antes citado, la Sala 2ª del Tribunal ha manifestado lo siguiente⁵⁵¹: “(c)ada uno de los administradores es responsable del control de todos los peligros, normales o no, que sean consecuencia de la actividad de la sociedad, por lo cual cada uno de aquéllos resulta obligado a hacer lo que sea posible y exigible, según las circunstancias, para lograr que el producto peligroso introducido antijurídicamente en el mercado sea retirado de circulación, en todo caso para que no sea introducido en él, y aunque no consta que el procesado en el caso haya sido quien creó personalmente el mayor peligro, pues no aparece que haya tenido participación activa en el desvío del aceite desnaturalizado hacia el consumo, pues es indudable que la acción de otro socio administrador creó un riesgo mayor y antijurídico, al enviar diversas partidas del aceite citado para su refinado y posterior comercialización para el consumo humano sí tenía la posibilidad de todo administrador de ejercer sus facultades legales y estatutarias correspondientes para que aquello no tuviera lugar, es decir, de hacer el intento serio de cumplir con dicho deber, y en la medida en que no lo hizo su omisión es también causal del resultado, dado que la ejecución de la acción exigida hubiera impedido – con un alto grado de probabilidad – la producción de los resultados, ya que el aceite no hubiera sido consumido (...)”.

⁵⁵¹ TS, Sala 2ª de lo Penal, 23.IV.1992. Ponente: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.

Por lo tanto, no basta con tener un deber legal y/o estatutario/contractual de control de todos los peligros, sino que se hace necesario un riesgo antijurídico (“producto peligroso introducido antijurídicamente en el mercado”) como base del deber de contención (retirada de circulación del producto peligroso).

Antes ya se han estudiado casos que ilustran bien el *riesgo desaprobado* como elemento imprescindible para la imputación de un resultado –de lesión o de peligro– al omitente. Con referencia, por ejemplo, al delito previsto en el artículo 348.1 del CP (*delito de riesgo provocado por explosivos y otros agentes*), el empresario que opera con la fabricación, transporte y/o comercialización de sustancias inflamables debe cuidar de que sean observadas las normas de seguridad, de modo que no se produzca un previsible peligro a la integridad física o a la salud de las personas, o al medio ambiente. Aquí se verifican dos elementos: (i) la observancia de las normas de seguridad y (ii) el peligro concreto contra los bienes especificados. Si no se observan concretamente las normas de seguridad (i), sucede la conversión del riesgo permitido en riesgo desaprobado (ii), pero no todavía el resultado de peligro (concreto riesgo a la salud de las personas o al medio ambiente) que el empresario está obligado, como garante, a evitar. La inobservancia de las normas de seguridad (conversión del riesgo permitido en riesgo desaprobado) es lo que origina para el empresario el deber de evitar que sobrevenga una situación de peligro concreto a la salud de las personas o al medio ambiente. Si existe la inobservancia de las normas de seguridad pero no la situación concreta de peligro,

no existe imputación objetiva por omisión impropia, ya que a la situación de riesgo desaprobado no se le ha seguido el resultado típico de peligro concreto.

Se puede analizar la cuestión desde la perspectiva de la *injerencia*. En efecto, es el *actuar peligroso precedente* (*fabricación, transporte y/o comercialización de sustancias inflamables*) lo que constituye el presupuesto del (1) deber de adoptar medidas de seguridad y (2) de impedir resultados de daño o de peligro concreto a la salud de las personas. Fabricar, transportar y comercializar sustancias inflamables son actividades que se sitúan en la esfera del *riesgo permitido*. Sin embargo, este riesgo (permitido) es sólo un presupuesto del deber de garantía. El real fundamento de dicho deber está en la *conversión del riesgo permitido en desaprobado, acaecida dentro el ámbito organizativo del empresario*: en concreto, en el transporte de una sustancia inflamable sin la adopción de las necesarias medidas de seguridad, que es lo que configura para el empresario el deber de evitar el resultado típico (daño o peligro concreto a la salud de las personas o al medio ambiente). La situación de riesgo permitido (transporte de sustancias peligrosas) sólo fundamenta suficientemente el deber de adopción de medidas de seguridad, pero es el transporte sin cumplimiento de las condiciones adecuadas (riesgo desaprobado) lo que conforma el deber de garantía (de impedir el resultado). Así pues, la *injerencia*, entendida como actuar peligroso precedente todavía en el ámbito del riesgo permitido, no representa criterio suficiente en orden a la configuración del deber de impedir el resultado, habiendo que añadirle una efectiva situación de riesgo desaprobado configurada en la organización del sujeto garante.

No obstante lo anterior, REQUENA JULIANI señala que hay situaciones en que el *riesgo permitido*, en algunos supuestos (particularmente en que están involucradas sustancias o productos peligrosos), configura *per sé* un deber de garantía para el empresario⁵⁵². En efecto, señala el jurista que, “(...) la solución resulta más problemática cuando se trata de comportamientos o situaciones ajustadas a los límites del riesgo permitido, en los que tampoco puede descartarse la posición de garante: el desarrollo por el empresario de actividades o la disposición de situaciones o cosas dentro de los límites del riesgo permitido no puede determinar, sin más, que cualesquiera consecuencias dañosas a terceros derivadas de las mismas deban ser tratadas como asunto de la víctima o desgracias en todos los casos. Nuevamente aquí es preciso distinguir entre la creación de riesgos ubicuos (es decir, peligros autorizados a los que el individuo aparece inevitablemente expuesto en su actividad y relaciones ordinarias) y la creación de riesgos superiores a los habituales ineludibles. Por ello, la posición de garante, en estos casos, se ha vinculado a los supuestos en los que la actividad o situación dispuesta por el garante, si bien se ha desarrollado dentro de los límites del riesgo permitido, constituye un ‘comportamiento generalmente peligroso’, es decir, se trata de una actividad o situación que determina un riesgo necesariamente superior al riesgo general ineludible (productos tóxicos, sustancias peligrosas): el desarrollo por el empresario de una organización peligrosa autorizada no le exime de la obligación de disponer lo

⁵⁵² REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., pág. 169.

necesario (acciones de salvamento) para evitar a terceros consecuencias dañosas derivadas de la organización de la que se sirve”⁵⁵³.

No cabe duda en cuanto al presupuesto, de que el empresario es responsable de los resultados acaecidos en consecuencia de su organización. Sin embargo, la cuestión que se plantea es la del *real fundamento que perfecciona el deber de garante*, incluso en situaciones de *riesgos permitidos superiores a los habituales ineludibles*. Lo relevante aquí no es la situación de riesgo permitido en sí misma, sino la previsibilidad o actualidad de un riesgo desaprobado, único criterio válido, a nuestro juicio, a efectos de conformar el deber concreto de evitar el resultado. No es el ejercicio de una actividad muy arriesgada que configura un deber de evitar un resultado típico (configura sólo un deber de adoptar medidas de seguridad), sino la situación (previsible o actual) del riesgo desaprobado. En el ejemplo anteriormente citado, el transporte de sustancias inflamables (riesgo permitido) no es el fundamento exclusivo (sino un presupuesto) del deber de garante. Se trata antes del fundamento de la obligación de adoptar medidas de seguridad. Ya el incumplimiento de dichas medidas no resulta suficiente para el perfeccionamiento del delito, el cual depende de un posterior resultado de peligro o de lesión. El riesgo desaprobado (transporte de sustancia inflamable + incumplimiento de medidas de seguridad), eso sí, conforma el deber de impedir el resultado (peligro o daño a la salud). La previsibilidad de dicho riesgo desaprobado (probabilidad de daño o peligro hacia el

⁵⁵³ REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., pág. 169.

bien jurídico en consecuencia del incumplimiento de medidas de seguridad) es lo que genera el deber actuar; no, en absoluto, la mera situación de riesgo permitido, aunque sea elevado. Como antes examinado⁵⁵⁴, el actuar precedente (injerencia) puede situarse en los márgenes del riesgo permitido, pero el deber concreto de acción sólo existirá si el riesgo permitido se convierte en riesgo desaprobado en el ámbito de la organización del sujeto. Ello torna la *previsibilidad* del riesgo desaprobado un elemento esencial en la fundamentación del deber de garantía.

A nuestro juicio, no se puede ignorar la *referencia* al *riesgo desaprobado* como criterio importante de fundamentación del deber de garante y, por lo tanto, de la imputación a título de omisión impropia. Dicha referencia estará siempre presente, aun en los casos antes citados, de forma que nos parece equivocado el exclusivo criterio del riesgo permitido elevado (superior al riesgo habitual ineludible) como base para la imputación, aunque se trate de un criterio válido a efectos de caracterización de injerencia como *fuentes/presupuesto* (pero no fundamento suficiente).

En el mismo orden de ideas, cabe recordar las palabras de REQUENA JULIANI pues sostiene su posición con un ejemplo interesante, exponiendo que, “(...) el empresario es garante si pone en el mercado productos peligrosos que no cumplen las normas de seguridad, etiquetado, instrucciones de uso (actuación fuera del riesgo permitido); no es garante si el producto ha sido elaborado o la situación ha sido

⁵⁵⁴ Vid. *supra* Cap. VII, núm. II, apartado B).

dispuesta correctamente, y sobreviene el daño por falta de atención del consumidor a las normas de seguridad que le incumbían; es garante si, pese a que la situación ha sido configurada correctamente dentro de los límites del riesgo permitido, sobrevienen daños pese a la adopción por el consumidor de las normas de seguridad que le incumbían, y, en tales casos, queda, por su condición de garante, obligado a disponer lo necesario para evitar los daños (por ejemplo, salida de gases tóxicos, vertido accidental)⁵⁵⁵. En este último caso, sin embargo, la verdad es que existe la previsibilidad de un riesgo desaprobado: salida de gases tóxicos, vertido accidental. A partir de entonces estará el empresario obligado a actuar, no porque su actividad es en sí misma peligrosa (riesgo permitido), sino porque el advenimiento de una situación material determinada (salida de gases tóxicos, vertido accidental) constituye un nuevo riesgo, ahora desaprobado: peligro concreto o daño a la salud de las personas. La previsibilidad de dicha situación es que le impone al empresario un deber (previo) de contención y un deber (posterior) de impedir el resultado típico pese a la configuración del riesgo.

En este contexto, se concluye que la admisión de deberes de garantía fundamentados en situaciones de riesgo permitido (aunque superiores a los habituales) sitúa a la imputación bajo criterios imprecisos, pues se dificulta así el discernimiento de cuáles hipótesis, dentro de aquellas situadas en el marco del riesgo permitido, generan dichos deberes. Este es un problema de la injerencia en

⁵⁵⁵ REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., pág. 170.

cuanto fuente del deber de garantía, si se entiende, como nosotros, que la injerencia existe aún en el ámbito del riesgo permitido⁵⁵⁶. Pero la cuestión esencial es que la responsabilidad a título de omisión impropia no se configura sólo con la injerencia, pues el deber concreto de acción sólo existirá cuando el riesgo permitido se convierta en desaprobado. Por lo tanto, sólo el riesgo desaprobado, previsible o actual, constituye referencia más clara hacia la imputación por omisión impropia. Ello no quiere decir que el actuar precedente deba constituir necesariamente una conducta antijurídica⁵⁵⁷, sino que la responsabilidad penal a título de omisión impropia sólo se perfecciona si hay la conversión del riesgo permitido en riesgo desaprobado y, a pesar de ello, el garante se omite.

Dicho esto, resulta que el rol del órgano directivo está integrado por un conjunto de derechos y de deberes asociados a la competencia de organización por él asumida dentro de la empresa. Esos derechos y deberes, a su vez, suponen expectativas normativas en cuanto a la actuación del administrador de la sociedad, particularmente en el control de los riesgos empresariales, los permitidos y los prohibidos. En lo que concierne a la omisión impropia, sin embargo, sólo existirá un específico y concreto deber de actuar en orden a evitar un resultado penalmente típico (de peligro concreto o de daño efectivo) cuando la organización del sujeto (del

⁵⁵⁶ Diversos autores, incluso JAKOBS, reconocen que la injerencia en los márgenes del riesgo permitido puede constituir una solución demasiado amplia. Al respecto, vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, op. cit., págs. 6-112, esp. 61 y 62.

⁵⁵⁷ JAKOBS, Günther, “Teoría y Praxis de la Injerencia”, op. cit., págs. 17-50, esp. 48 y 50.

directivo) le conduzca a una situación, actual u objetivamente previsible, de riesgo desaprobado. En el ámbito de los deberes de garantía, por tanto, el rol del empresario se vincula inevitablemente a la previsibilidad o actualidad del riesgo desaprobado, único criterio válido para la equiparación entre acción y omisión.

B) La asunción específica del riesgo desaprobado

Además, hay que considerar, como ya se ha puesto de manifiesto en el capítulo IV⁵⁵⁸, una escisión temporal razonable entre (i) la previsibilidad/actualidad del riesgo desaprobado y (ii) el advenimiento del resultado típico, que permita una *asunción específica* de dicho riesgo prohibido como base para la fundamentación del deber de garantía. Si el riesgo desaprobado imprevisible surge de forma repentina, sólo existirá un deber general de actuar, cuyo incumplimiento constituirá un delito de omisión del deber de socorro. Es decir: en este caso, el omitente responderá por la infracción del deber, pero no por un resultado eventualmente existente.

Se puede ilustrar esa cuestión con el siguiente ejemplo, ofrecido por REQUENA JULIANI, al señalar que, “(...) el responsable de una obra o de un proceso industrial peligroso que detecta la presencia, incluso no autorizada, de terceros que pueden resultar dañados si la actividad no es detenida es garante de igual forma que

⁵⁵⁸ Vid. *supra* Cap. IV, núm. III, apartado E).

lo es el conductor que circula correctamente y que se percata de la presencia, en mitad de la calzada, de un peatón que cruza la vía por un lugar no autorizado. Ahora bien, si se produce finalmente el accidente pese a que el empresario ordenó inmediatamente la paralización de las obras y el conductor accionó el sistema de frenado e inició una maniobra para evitar la colisión, cada uno de ellos permanecerá obligado en relación con la víctima únicamente por el deber general de solidaridad que impone el art. 195 CP⁵⁵⁹.

En efecto, si estaba ordenada la paralización de las obras, la situación de riesgo desaprobado –que obliga al empresario a actuar– no es razonablemente previsible, de modo que su superveniencia no fundará un deber especial, sino sólo general de solidaridad, por lo que el omitente no responderá por el resultado, sino exclusivamente por la infracción de un deber.

VI. Posible referencia a criterios de imputación por omisión propios del marco empresarial: el principio del incremento del riesgo y la causalidad del resultado

Tras aclarar los criterios generales de imputación del resultado delictivo a título de comisión por omisión, que se fundamentan sobre las bases de la

⁵⁵⁹ REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., pág. 170.

competencia de organización, con asunción específica de un riesgo desaprobado, cabe analizar asimismo la posible existencia de criterios especiales de imputación en el ámbito de la criminalidad empresarial.

Al respecto, SCHÜNEMANN propone, en lo que respecta a la criminalidad empresarial, la *sustitución* de la fórmula de la causalidad hipotética por el principio del *incremento del riesgo*⁵⁶⁰. La propuesta del jurista, formulada para el derecho alemán, consiste en una disposición específica en los términos siguientes: “(s)i el resultado se produce mediante una conducta ajustada a las instrucciones dictadas en el seno de la empresa o a través de un procedimiento peligroso de la esfera del patrimonio de la misma, se aplicará también el § 13.1 StGB a los sujetos que en la jerarquía empresarial estuviesen autorizados para dictar las mencionadas instrucciones, siempre que, de haber llevado a cabo éstos los debidos mecanismos de control, se hubiera dificultado considerablemente el hecho delictivo”⁵⁶¹.

Lo anterior permite indicar que se trata genuinamente de una *sustitución* de la causalidad hipotética, comprendida como necesaria eficacia de la acción salvadora esperada del sujeto, por la adopción exclusiva de la noción normativa de incremento del riesgo, lo que significa decir que, por el mero hecho de que su omisión ha incrementado el riesgo del resultado, el omitente es responsable de éste. La

⁵⁶⁰ Vid. especialmente SCHÜNEMANN, Bernd, “Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos”, op. cit., págs. 35-38.

⁵⁶¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 511.

propuesta de SCHÜNEMANN, por tanto, supone un abandono de la tradicional causalidad hipotética en lo que respecta a la omisión insertada en el marco de la empresa⁵⁶².

Antes ya se ha rechazado, como criterio general, la posibilidad de imputación a título de omisión impropia con base en el principio del incremento del riesgo, por entenderse que la omisión del sujeto debe ser la de una acción que seguramente habría impedido el resultado⁵⁶³; es decir, que la acción esperada del sujeto ha de ser seguramente causal de la evitación del resultado y no basta que ella hubiera sido capaz de disminuir considerablemente el riesgo del resultado. En efecto, imputar al sujeto un delito porque la práctica de la acción esperada habría dificultado el resultado típico –o, en otros términos, porque dicha omisión incrementó el riesgo del resultado– no constituye, a nuestro juicio, un criterio general válido en orden a la equiparación normativa entre acción y omisión.

⁵⁶² Así también, por ejemplo, en el art. 15.1 de la Propuesta Eurodelitos, de SCHÜNEMANN y TIEDEMANN: “Será también sancionado como autor, en los supuestos a que se refiere el apartado segundo, quien debido a su dominio sobre otra persona está obligado legalmente a evitar que actúe ilícitamente, siempre que tenga conocimiento del hecho y hubiera podido impedir o dificultar esencialmente su realización mediante una supervisión adecuada”.

⁵⁶³ En contra de dicha fórmula, JAKOBS expone que “(l)a doctrina dominante requiere desde luego para la imputación del resultado algo menos que el éxito de la salvación hipotética; bastará ya la omisión de disminuir un riesgo de resultado. Esta teoría ha de rechazarse por los mismos motivos que hablan en contra de la imputación en virtud del incremento del riesgo en el delito de comisión”, en JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 962.

Sin embargo, cabe preguntarse si, considerando la realidad particular de la empresa, puede aplicarse como criterio especial el principio del incremento del riesgo a efectos de imputarle al administrador omitente un resultado típico acaecido en consecuencia de la actividad empresarial.

La formulación de SCHÜNEMANN no ha logrado éxito hasta el momento, aunque se encuentre en la doctrina (la mayoritaria) y en la jurisprudencia una adopción, consciente o no, del principio del incremento del riesgo, particularmente en el marco empresarial. Al respecto, puede referirse otra vez el caso del “aceite de colza”, en que el TS de España ha destacado, con respecto a la situación concreta, que el omitente “(...) sí tenía la posibilidad de todo administrador de ejercer sus facultades legales y estatutarias correspondientes para que aquello no tuviera lugar, es decir, de hacer el intento serio de cumplir con dicho deber, y en la medida en que no lo hizo su omisión es también causal del resultado, dado que la ejecución de la acción exigida hubiera impedido –con un alto grado de probabilidad– la producción de los resultados, ya que el aceite no hubiera sido consumido (...)”⁵⁶⁴. En efecto, el TS ha admitido la imputación bajo el motivo de que la acción exigida del sujeto habría impedido, “con un alto grado de probabilidad”, la producción de los resultados⁵⁶⁵. Por lo tanto, hay una adopción, aunque sea implícita, de la fórmula del incremento del riesgo.

⁵⁶⁴ TS, Sala 2ª de lo Penal, 23.IV.1992. Ponente: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.

⁵⁶⁵ TS, Sala 2ª de lo Penal, 23.IV.1992. Ponente: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.

En una sentencia más reciente, el TS parece haber sugerido también la adopción de una fórmula de incremento de riesgo –aunque *obter dictum*, sin aplicarla al caso concreto– en carácter excepcional. Se trata de la STS 234/2010, de 11 de marzo, en la que se afirma lo siguiente: “La posición de garante (...) concurre cuando existe un deber jurídico de actuar, derivado de la ley, del contrato o de una previa injerencia creadora de riesgo, lo que incluiría los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro. La responsabilidad por la omisión de la conducta que el deber demanda exige además la posibilidad de actuar y *la eficacia hipotética de la acción que se omite* (...). Las actividades peligrosas pueden exigir de los superiores una mayor vigilancia respecto al cumplimiento de las normas y de las órdenes emitidas para evitar el daño manteniendo el riesgo dentro de los límites permitidos, que aquellas otras que ordinariamente, es decir, en su ejecución ordinaria, no son creadoras de riesgo para intereses ajenos. *Aun en estos casos puede establecerse una excepción cuando existan datos que indiquen al superior un incremento del peligro que lo sitúe en el marco de lo no permitido*”⁵⁶⁶. En todo caso, se verifica que el TS refiere la necesidad de la *eficacia hipotética de la acción que se omite*, hablando además del incremento del peligro como *fuerza del deber de vigilancia del garante* sobre marcos de riesgo prohibido, sin que ello necesariamente signifique, a nuestro juicio, la responsabilidad penal del superior aun cuando su acción no hubiera seguramente evitado el resultado.

⁵⁶⁶ TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 234/2010, 11.III.2010. Ponente: MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel Colmenero.

Sea como sea, sólo *de lege ferenda* sí podría considerarse la fórmula del incremento del riesgo, desde que los mecanismos de control sean pasibles de dimensionamiento en torno a una situación concreta, sin perjuicio de la exigencia de asunción específica, por el sujeto garante del riesgo desaprobado que genera el resultado. Así, los riesgos de la actividad empresarial (inherentemente arriesgada) no podrían verse incrementados a causa de la inercia del administrador en cuanto a la adopción de concretos mecanismos de protección, lo que representa una asunción especial del riesgo desaprobado y con base en este fundamento sí sería posible imputársele al administrador el resultado del delito, aunque no existiera certeza con respecto al hecho de que la acción esperada hubiera evitado la producción del resultado. Sería un criterio específico del ámbito empresarial, considerando los riesgos peculiares del mismo.

No obstante, en la disciplina legal vigente en Alemania y España (también en Brasil)⁵⁶⁷, la acción esperada ha de ser seguramente causal de la evitación del resultado en todas las hipótesis de omisión impropia, *como marco normativo seguro de equiparación entre acción y omisión*, ya que todavía no existe una regulación específica de los particulares contornos de esa cuestión en el ámbito de la criminalidad empresarial. En este contexto, la fórmula de SCHÜNEMANN representa una mera *propuesta* de disciplina normativa de la imputación objetiva por omisión

⁵⁶⁷ Es lo que se desprende el art. 11 del CP español, del § 13 del StGB alemán y del art. 13, § 2, del CP brasileño.

en la empresa, lo que depende de previsión expresa⁵⁶⁸, pese el tratamiento jurisprudencial normalmente dispensado sobre el tema. No se puede, en todo caso, concebir el abandono de la *segura causalidad*, sea en el ámbito de la acción o en el de la omisión, como exclusiva base objetiva de imputación (aunque sea posible *añadirle* un criterio de incremento del riesgo), sin una disciplina normativa especial, lo que representaría una reformulación dogmática.

En este contexto, cabe preguntarse otra vez si el art. 31 *bis* 2., 1ª condición, del CP español, tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, habría adoptado una fórmula de incremento de riesgo, en cuanto a la responsabilidad del administrador por la implantación de mecanismos de organización y gestión (vigilancia y control) “idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza *o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”.

Se trata de los mecanismos de *compliance*⁵⁶⁹, cuya implantación la ley reserva al órgano de administración de la empresa. Ante todo, la reducción del riesgo de comisión de delitos es una característica asociada al nivel de efectividad de los sistemas de vigilancia de control implantados por el administrador (art. 31 *bis* 2., 1ª condición) y supervisados por un órgano autónomo (art. 31 *bis* 2., 2ª condición). El administrador tiene la responsabilidad de implantar mecanismos que por lo

⁵⁶⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, “Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos”, op. cit., págs. 35-38.

⁵⁶⁹ Vid. *infra* Capítulo VI, núm. V. Riesgos estructurales intrínsecos de la empresa: riesgos de responsabilidad del órgano de administración. B) Los sistemas de *compliance*.

menos reduzcan el riesgo de la comisión de delitos en el seno de la empresa. Ello no quiere decir, con todo, que el administrador responda por el resultado penalmente típico por no haber, con dichos mecanismos de vigilancia y control, reducido el riesgo de producción del resultado penalmente típico. Hay imputación del resultado al administrador si los mecanismos de *compliance*, por cuya implantación él es responsable, hubieran seguramente evitado la práctica del hecho delictivo (causalidad hipotética). No hay imputación del resultado al administrador si los mecanismos hubieran meramente reducido el riesgo de la comisión del delito.

La norma del art. 31 *bis* 2., 1ª condición, solamente refleja la responsabilidad *de la persona jurídica* si su administrador no ha implantado modelos que hubieran disminuido el riesgo. Así es porque, si hay dichos mecanismos capaces por lo menos de reducir el riesgo, la persona jurídica queda exenta de responsabilidad penal, según el artículo en referencia⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ Se trata, *en el caso de la persona jurídica*, de una responsabilidad por *competencia de organización*. Como lo expresa BACIGALUPO SAGGESE, “(l)a previsión legal expresa de eximentes de responsabilidad permiten ser interpretadas como los parámetros que permiten definir la *culpabilidad por defecto de organización de las personas jurídicas*. Dicho con otras palabras: *la culpabilidad de las personas jurídicas es una culpabilidad por defecto de organización*. El ordenamiento jurídico impone a las personas jurídicas la obligación de organizarse en su condición de sujeto de derecho conforme a las reglas de derecho civil y mercantil (...). La introducción de una eximente de responsabilidad basada precisamente en una organización empresarial tendente a evitar la omisión de control y supervisión de los riesgos penales de la actividad empresarial, permite entender que en dicha eximente se encuentra en fundamento de la responsabilidad penal de una persona jurídica: *la culpabilidad por defecto de organización se debe excluir necesariamente cuando ex ante exista organización y control a través del programa de compliance*, lo que permitirá

No existe en dicha norma, por tanto, un fundamento de responsabilidad a título de comisión por omisión al administrador de la empresa, sino la delimitación de una responsabilidad *civil* suya en el seno de la empresa, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal *de la persona jurídica*.

A nuestro juicio, por lo tanto, la norma del art. 31 *bis* 2.) del CP, –inserta en la disciplina normativa de la responsabilidad *penal de la persona jurídica*– no fundamenta una fórmula de incremento del riesgo en cuanto a la comisión por omisión del administrador de empresa. Se trata, así pues, de una cuestión de propuesta *de lege ferenda*, por más que la jurisprudencia ya la haya adoptado en el marco de la criminalidad de empresa, aunque implícitamente.

Otra propuesta interesante de tratamiento normativo especial de los deberes de garantía del empresario es la que ha formulado PAREDES CASTAÑÓN y que consiste en la creación de un tipo de injusto de omisión propia agravado (“omisión pura de garante”)⁵⁷¹.

determinar que en el seno de la organización de la persona jurídica se ha cumplido con el deber de cuidado exigido para la evitación de riesgos penales”, en BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La Responsabilidad de los Entes Colectivos: el modelo de imputación del Código Penal”, en BACIGALUPO SAGGESE, Silvina / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José / BASALDÚA, Juan Ignacio Echano, *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 21-50, esp. 40 y 41.

⁵⁷¹ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones *de lege ferenda*”, en CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pág. 423.

Así, la omisión del órgano directivo de la empresa se establecería *con independencia del referencial de la causalidad del resultado*, concretizándose por la mera realización de la conducta descrita en el tipo de injusto omisivo. Se concretizaría, de este modo, una disciplina normativa intermedia entre la simple omisión del deber de socorro (fundamentada en el deber general de solidaridad) y la comisión por omisión, en que se imputa el resultado típico al omitente. En efecto, un tipo agravado contemplaría un *específico deber de actuar* del órgano directivo, con independencia de todas las complicaciones dogmáticas asociadas a la equiparación entre acción y omisión. Se trata de una propuesta que todavía reclama una más profunda discusión por la doctrina.

CAPÍTULO VIII

PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE IMPUTACIÓN EN EL SENO DE LA EMPRESA: DELEGACIÓN Y COMPARTICIÓN DE RIESGOS

I. El problema de la delegación de la posición de garante

En el artículo 15, apartado 4, de las *propuestas Eurodelitos* de SCHÜNEMANN y TIEDEMANN, hay una disposición especial acerca de la delegación de actividades: “(1)a delegación de responsabilidad sólo exime de responsabilidad penal si se refiere a un determinado segmento de la actividad y existe certeza de que el delegado puede realizar eficazmente las tareas y competencias que le han sido transferidas. Lo anterior no modifica ni la responsabilidad por la elección, vigilancia y control, ni la responsabilidad general derivada de la organización”⁵⁷². Se trata de una cuestión de particular interés en la esfera de la criminalidad empresarial.

La compleja funcionalidad de las grandes empresas conlleva una intrincada distribución de competencias, en que la delegación de funciones se practica

⁵⁷² SCHÜNEMANN, Bernd, “Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos”, op. cit., págs. 35-38.

ampliamente⁵⁷³. En verdad, los propios principios de jerarquía y de división de trabajo, inherentes a la empresa, suponen intrínsecamente la delegación, no sólo por parte del administrador, sino también por otros órganos superiores en la organización. Lo importante, para caracterizar la viabilidad jurídica de la delegación, y los efectos propios de este instituto, es que el órgano delegante tenga competencia para transferir determinados ámbitos de competencia al delegado. Como señala MONTANER FERNÁNDEZ, “(l)a delegación de funciones empresariales no sólo puede realizarla el empresario o administrador de la empresa, sino también (y principalmente) personas en niveles inferiores a la alta dirección (direcciones técnicas u operativas de la organización empresarial). En todo caso, la delegación requiere que el delegante sea la persona competente –en sentido formal y material– sobre aquello que constituya el objeto de la delegación”⁵⁷⁴.

En lo que respecta al administrador, está claro –desde luego– que no puede desempeñar directamente todas las actividades que integran su ámbito de competencia. La *confianza*, por lo tanto, es un elemento esencial para la propia

⁵⁷³ Al respecto, POLAINO-ORTS refiere, en el contexto de la criminalidad económica, “(l)a *complejidad estructural* del mundo actual, donde prácticamente no hay actividad social que se realice *exclusivamente* por un solo sujeto, sino donde pueden observarse una confluencia de aportes sociales de diferentes personas, aportes que –lógicamente– tendrán una diversa calificación social”, en POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 86.

⁵⁷⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, op. cit., págs. 733-782, esp. 742 y 743.

funcionalidad de la empresa⁵⁷⁵. Como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(...) el mecanismo de la delegación no sólo resulta perfectamente legítimo, sino que además posee una considerable importancia práctica para el debido funcionamiento de la empresa. Piénsese al respecto que no sólo son delegables las actividades mecánicas, sino también los propios deberes de vigilancia”⁵⁷⁶.

Sin embargo, la funcionalidad de la empresa mediante la delegación de competencias no puede representar un factor de mitigación de los deberes de control de riesgo o de reducción de las tareas protectoras que le incumben en último nivel al órgano directivo. Tal y como asevera FEIJOO SÁNCHEZ, “(l)a cuestión decisiva en la delegación es que las necesidades de reparto de trabajo no impliquen una merma de las funciones de control y aseguramiento de los riesgos propios de la empresa o una mayor desprotección de las potenciales víctimas de una actuación empresarial incorrecta”⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Según REQUENA JULIANI, “(...) la confianza requiere que no existan razones para sospechar que el delegado no va a actuar correctamente: los actos del delegado dentro de la organización del delegante son actos del delegante. Por eso, el titular de la organización es garante en el caso de realización por otros de actividades ilícitas dentro de la misma (cfr. SSTs de 8 de junio de 1992, 10 de febrero de 1996, 11 de diciembre de 2002 y 5 de julio de 2002), en REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., pág. 175.

⁵⁷⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 508.

⁵⁷⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, op. cit., pág. 23.

La delegación de que se trata no consiste meramente en la transmisión de tareas ejecutorias concretas, bajo la supervisión o coordinación del administrador, sino en la transferencia de *esferas de competencia* y, por lo tanto, de poderes, lo que supone márgenes de autonomía del delegado. En este sentido, tal y como expone MONTANER FERNÁNDEZ, “(l)a delegación en sentido estricto es aquella que supone el traspaso de un determinado ámbito de competencia, hasta el momento de titularidad del delegante, a quien sea la persona delegada (delegación de competencias). A través de la delegación de competencias, el delegante cede al delegado el dominio sobre un determinado ámbito de competencia y no solamente la mera ejecución de una función. Es a partir de esta clase de delegación cuando realmente tiene sentido la aplicación de los efectos generales de la delegación de funciones. Así pues, la valoración jurídico-penal de la delegación de competencias como criterio configurador de los ámbitos de responsabilidad de los sujetos debe tener en cuenta los siguientes aspectos: por una parte, la constitución de una nueva posición de garantía (genérica) en la persona del delegado –atribución y asunción de la competencia delegada– y, por otra, cierta exoneración de responsabilidad en favor del delegante”⁵⁷⁸. El en caso de las simples tareas concretas, se trata no propiamente

⁵⁷⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.) / DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coord.), *Temas Actuales de Investigación en Ciencias Penales: memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales: 26, 27 y 28 de octubre de 2009*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2010, págs. 408-427, esp. 414.

de delegación, sino de un *encargo de ejecución de una función*, según expresa MONTANER FERNÁNDEZ⁵⁷⁹.

En particular, el problema de la delegación de la posición de garante radica en la transferencia⁵⁸⁰ de un poder de control y de protección dentro de un determinado dominio, que puede ser la gestión de un emprendimiento u obra o de un establecimiento de la empresa, la fiscalización de las actividades de determinados empleados, la supervisión de una factoría, etc. Así pues, la mera delegación de la ejecución de una tarea específica no conforma una transferencia del deber de garante, pues se trata del mero cumplimiento de una orden, de modo que el ordenante sigue siendo responsable de las consecuencias de los actos del ordenado.

⁵⁷⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, págs. 733-782, esp. 744.

⁵⁸⁰ En el sentido en que aquí los empleamos, los términos *transferencia* o *transmisión* no significan la exoneración de responsabilidad del delegante, sino sólo el traspaso de ámbitos de competencia al delegado, que pasa con ello a ser del responsable principal por el control de los riesgos. Cumple referir, de todas maneras, que MONTANER FERNÁNDEZ distingue la *delegación* de la *transmisión*, señalando que “(...) la distinción entre los términos de delegación y de transmisión es relevante a los efectos de la imputación de responsabilidad en los supuestos de criminalidad de empresa. Veamos por qué. Quien transmite algo a una persona, se desvincula de ese algo. La consecuencia es que el objeto de la transmisión ya no forma parte de la esfera de competencia del transmitente”, en MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 91. A nuestro juicio, no es adecuada dicha distinción, considerando que sí existe, mediante la delegación, la efectiva transferencia de los deberes *primarios* de garantía, con la subsistencia, en el delegante, de deberes secundarios. Lo que sí se debe distinguir es la delegación (como transmisión de deberes primarios de garantía) de la simple transferencia de la ejecución de tareas concretas.

Como lo expresa ROBLES PLANAS, “(e)l fundamento de la responsabilidad del delegante por la actividad delictiva del delegado reside en que el desarrollo de la actividad del segundo tiene lugar en el ámbito de organización del primero, de forma que a éste le sigue incumbiendo, pese a la delegación, el cumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión relativos a que de su propio ámbito de organización no surjan peligros para terceros (también en forma de actividades lesivas que puedan partir del delegado en el marco de aquel ámbito)”⁵⁸¹.

Por otro lado, según expone MONTANER FERNÁNDEZ, en el caso de la “*delegación*” de la ejecución de una función, “(...) no se produce un traspaso al encargado de la competencia primaria del mandante. Por ello, este último no es el titular de deberes residuales sino de deberes primarios”⁵⁸². En este sentido, propone la jurista que se emplee no el término delegación para referirse a esta hipótesis, sino la expresión *encargo de la ejecución de una función*, “cuyo efecto no es la transformación de las esferas de competencia, sino la *activación* del estándar normativo en su caso vinculante”⁵⁸³. Y siguiendo a la misma autora, la

⁵⁸¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión”, en InDret 2, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2012, pág. 14.

⁵⁸² MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión”, op. cit., págs. 422.

⁵⁸³ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., pág. 105.

responsabilidad penal del delegante, en este caso, se establece según las formas *in vigilando e in eligendo*⁵⁸⁴. Conforme a ROBLES PLANAS, “(e)l riesgo de que un inferior jerárquico cometa un delito (doloso o imprudente) no es ajeno al superior, si por alguna razón ya estaba inserto en la constitución de la relación de subordinación o delegación (p. ej., selección inadecuada del inferior o no dotación de medios necesarios para el correcto desempeño de las funciones)”⁵⁸⁵. En efecto, quien trasmite la ejecución de actos concretos es responsable de la vigilancia de los actos del delegado elegido.

Interesa en este tópico, por consiguiente, abordar la delegación de *competencias administrativas*, es decir, de *autonomías*, y sus implicaciones para el delegante, en lo atinente a los deberes de garantía. De lo que se trata es del examen de la posibilidad de delegar las funciones de vigilancia de fuentes de riesgo y de protección de bienes jurídicos, así como sus efectos de exclusión de la responsabilidad del delegante.

El fundamento de la responsabilidad penal en un contexto de delegación radica, como sucede con la responsabilidad en la empresa de modo general, en la *autonomía personal* y en la *asunción de competencias*. Según MONTANER FERNÁNDEZ, “(...) por un lado, la asignación de responsabilidad individual en la

⁵⁸⁴ En este sentido, vid. MEINI, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 369.

⁵⁸⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión”, op. cit., pág. 12.

empresa debe hacerse teniendo en cuenta las competencias asumidas por cada uno de los intervinientes en la actividad y (...) ello también depende de cuál sea el modelo de gestión adoptado; y, por otro, (...) los dos instrumentos realmente trascendentes en la imputación de responsabilidad penal en la empresa actual son, partiendo de principios más generales como puede ser la autonomía individual y la autorresponsabilidad, la delegación y el encargo de funciones y los deberes de control y vigilancia (...)”⁵⁸⁶.

Cumple examinar, en este ámbito, las bases normativas del instituto de la delegación, en lo que respecta a su significado y su alcance.

En principio, conforme a la legislación civil, los administradores son responsables de los actos de sus dependientes. Como lo expresa el art. 1905 del CC español, los dueños o directores de un establecimiento o empresa son responsables “*respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que lo tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones*”⁵⁸⁷. Ello abarca igualmente la delegación de competencias. La responsabilidad *civil* por omisión, por lo tanto, se configura de forma más amplia y menos estricta en cuanto a sus requisitos, ya desde el punto de vista objetivo.

⁵⁸⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión”, op. cit., págs. 408-427, esp. 425.

⁵⁸⁷ Artículo 1.905 del Código Civil.

Lo mismo no puede decirse de la responsabilidad penal, particularmente a título de omisión impropia. A este respecto, es necesario evaluar la existencia del deber de garante con el criterio adecuado, sin olvidarse de que la omisión del administrador debe ser equiparable a la acción típica productora del resultado del delito. Por otra parte, la complejidad de la vida empresarial no comporta la concentración de deberes de garantía en las manos de un administrador único o de un restringido número de directivos, responsables de todas las acciones y consecuencias posibles⁵⁸⁸.

En este contexto, no cabe duda de que el propio régimen jurídico de la empresa contempla la delegación de responsabilidades, lo que representa una actividad inserta en el ámbito del riesgo permitido. Sin embargo, dicho riesgo se convierte en desaprobado si la delegación se utiliza como instrumento de ocultación de los centros de decisiones o si el delegado no se revela capaz de desempeñar los poderes de control que le fueron transferidos. En estos casos, el delegante será responsable de las consecuencias de los actos de su delegado.

Además, no se permite la delegación *general* de los poderes de control o de protección necesarios al ejercicio del deber de garante, es decir, el órgano directivo de la empresa no puede, continuando con sus poderes de gestión, delegar la generalidad de los deberes de garantía a determinadas personas, para eximirse de

⁵⁸⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 508.

responsabilidad en todos los casos. La delegación debe estar restringida a un sector determinado de la empresa (un establecimiento, una obra, etc.), de modo que a la transferencia de los poderes de gestión específica se vinculen los deberes de aseguramiento de fuentes de riesgo y/o de protección de bienes jurídicos. Una delegación general de deberes de garantía supondría el propio abandono de la función administrativa.

Dentro de estos límites, si se sostiene la posibilidad de delegación de los deberes de garante, como algo propio de lo empresarial y, en el marco jurídico-penal, como elemento limitador de la imputación objetiva. La delegación, como se ha puesto de relieve, debe hacerse dentro de los márgenes del riesgo permitido. El administrador que delega actividades generales a personas sin aptitud para desempeñar los deberes de garantía conduce su organización hacia la esfera del riesgo desaprobado y de ese modo responde por el resultado (de peligro concreto o de daño) acaecido en el ámbito de dicha delegación. Por otro lado, para que la delegación se mantenga en los márgenes del riesgo permitido, es necesario que el delegante implante adecuados mecanismos de vigilancia y control, que permitan el cumplimiento de su deber –secundario– de supervisión del delegado. Como lo expresa ROBLES PLANAS, “(...) el ‘programa de acción que recibe el delegado del delegante es implícito, parcial y con pretensión de estabilidad. De ahí surgen precisamente los riesgos específicos de la delegación: p. ej., el delegado puede fácilmente operar al margen del programa de acción; puede sobrevalorar o infravalorar sus posibilidades de actuación en el marco de la organización; y pueden

producirse discrepancias sobre las expectativas a largo plazo que hayan de cumplirse. Así, para mantener la delegación dentro de los niveles de riesgo permitido, parece necesario el establecimiento de sistemas de vigilancia y control específicos por parte del delegante”⁵⁸⁹.

Así pues, la fórmula de TIEDEMANN y de SCHÜNEMANN se revela adecuada al tratamiento de la delegación de la posición de garante en el dominio empresarial y refleja además los aportes doctrinales desarrollados con respecto a la materia⁵⁹⁰, la cual, con todo, no es sencilla, habiendo sido objeto de no pocas discusiones y propuestas doctrinales.

II. La Responsabilidad del Delegante y la Responsabilidad del Delegado: compartición de riesgos, deberes primarios y deberes secundarios de garantía

⁵⁸⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Principios de imputación en la empresa”, en BACIGALUPO SAGGESE, Silvina / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José / BASALDÚA, Juan Ignacio Echano, *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 486-502, esp. 498.

⁵⁹⁰ Vid. TIEDEMANN, Klaus (Dir.) / NIETO MARTÍN, Adán (Coord.), *Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.

**A) Deberes primarios (control de la fuente de riesgo)
y deberes secundarios (supervisión) de garantía**

Puede decirse que la delegación no exime el delegante de responsabilidad, sino que transforma⁵⁹¹ o modifica su posición de garantía⁵⁹², convirtiéndola de primaria (control de la fuente de peligro) en secundaria (supervisión del delegado)⁵⁹³. Tal y como lo expresa BACIGALUPO, “(...) la delegación no extingue totalmente la posición de garante, sino que, en verdad, la transforma. En efecto, el garante primario seguirá siendo, en todo caso, un garante mediato, cuyo deber de vigilancia consiste en la observación del cumplimiento del sustituto. Éste, por su

⁵⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, op. cit., pág. 538.

⁵⁹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 509.

⁵⁹³ Asimismo, ROBLES PLANAS expresa que “(p)rocede recordar dos aspectos relativos a la delegación. El primero es que el contenido del deber de vigilancia del delegado depende de diversos factores y que uno de los principales respecto al delito finalmente no evitado es la cercanía al acto de ejecución constitutivo del mismo. En las cadenas de delegaciones, el delegante de la ejecución debe controlar la ejecución, pero el delegante del delegante sólo que éste a su vez controle al ejecutor”, ROBLES PLANAS, Ricardo, “Principios de imputación en la empresa”, op. cit., págs. 486-502, esp. 496.

parte, tendrá la plena responsabilidad del garante desde la aceptación de su posición hasta el momento de devolverla al garante primario”⁵⁹⁴.

En este sentido, el delegante queda liberado sólo de su función *primaria* de garante, en lo que respecta al control inmediato de las fuentes de riesgo. Sigue responsable, con todo, de la supervisión de la actividad del delegado y, por lo tanto, mantiene su posición de garante secundario, de modo que la delegación no tiene el efecto de liberación integral del delegante. Persisten, aunque transformados, deberes de garantía, en otro nivel. En palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(...) si bien es cierto que el mecanismo de la delegación modifica o transforma el contenido del deber primario de garantía (puesto que en principio el delegante se ve descargado de deberes) no lo es menos que el delegante no queda completamente liberado, dado que su deber originario no desaparece”⁵⁹⁵.

Se identifica en esta situación una “cotitularidad de la custodia”, según expresión de SCHÜNEMANN, quien señala que mientras “(...) el *más cercano a la cosa* tiene que ejecutar las *actividades materiales* relativas a su competencia en el establecimiento que están indicadas para el control de la fuente de peligro (‘deberes *primarios* de garante’), los superiores jerárquicos, cotitulares de la custodia, están obligados a la *coordinación y al control* (‘deberes *secundarios* de garante’).

⁵⁹⁴ BACIGALUPO, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia”, op. cit., pág. 188.

⁵⁹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 509.

Consecuentemente al superior cotitular de la custodia le corresponde, en lo marco de lo exigido –Erforderlichen– [y, según la posición mayoritaria, de lo exigible (Zurrutbaren)], el deber de evitar el uso excesivo de la cosa peligrosa de los subordinados cotitulares de la custodia, de modo que una tarea de custodia contraria al deber le hace responsable de las consecuencias imputables resultantes de ello”⁵⁹⁶.

Como también lo expresa FRISCH, “(e)l deber especial que tiene el órgano directivo de realizar sus propias actividades sin lesionar bienes jurídicos y eliminando cualquier riesgo cognoscible que pueda existir no finaliza con la delegación de la tarea, sino que en tales casos se convierte en un deber de preocuparse (a través de aquellas medidas organizativas, controles, e intervenciones que sean necesarios) de que dicha delegación no acabe produciendo lesiones de bienes jurídicos”⁵⁹⁷.

Los deberes secundarios de garantía que subsisten para el delegante consisten esencialmente en la *supervisión* –coordinación y control– de la actividad del

⁵⁹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, op. cit., pág. 538.

⁵⁹⁷ FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 116 y 117.

delegado⁵⁹⁸. Tal y como expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(...) el hecho de poseer el deber de garantía original comporta la permanencia de una serie de deberes o competencias, puesto que con independencia ya de la obligación primaria de delegar únicamente en personas capacitadas para asumir la actividad objeto de la delegación, el órgano directivo delegante continúa teniendo (‘competencia residual’) un deber de vigilancia o supervisión sobre el delegado, de contenido variable según los casos, que, en esencia, le obliga a comprobar periódicamente si éste último cumple realmente con el deber que se le ha asignado y, en caso negativo, a corregirlo o a sustituirlo”⁵⁹⁹.

Dicho *deber de vigilancia* no puede ser tan amplio y diversificado hasta el punto de tornar sin sentido la propia delegación⁶⁰⁰. Como señala SILVA SÁNCHEZ, “(e)n cuanto al modo de ejercer la vigilancia, éste no puede identificarse con una revisión total de los actos del subordinado que haría inútil la propia delegación

⁵⁹⁸ En este sentido, ROBLES PLANAS, “(...) el delegante puede conservar una posición de supremacía sobre el delegado, normalmente porque posee una mayor capacidad, formación técnica o información que el segundo. En tales supuestos, al delegante le afectan deberes *directos de supervisión* de la actividad del delegado, de forma que su incumplimiento dará directamente lugar a la imputación de responsabilidad en comisión por omisión a título de autor”, en ROBLES PLANAS, Ricardo, “Principios de imputación en la empresa”, op. cit., págs. 486-592, esp. 496.

⁵⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 509.

⁶⁰⁰ En este sentido, vid. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., pág. 167 y 168.

efectuado”⁶⁰¹. En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ sostiene, en cuanto al deber de vigilancia, “(...) que no puede ser de una exigencia tal que convierta la delegación en un dominio mediato, que anule así la ventaja intrínseca de multiplicación de este método y que ahogue las necesidades expansivas de la actividad en determinados ámbitos sociales, como sucede significativamente en la empresa”⁶⁰².

Por otro lado, se exige del delegante una *actitud proactiva* –que no elimine en la práctica su deber de garantía⁶⁰³–, en el sentido de ejercer una vigilancia periódica, compatible con el principio de confianza, lo cual puede traducirse en el *deber de informarse*. En lo que respecta al deber de informarse, la Sala 2ª del TS concluyó, en la STS 1193/2010, de 24 de febrero de 2011, que “(...) el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en su ámbito de funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado y su actividad, o no actúa para

⁶⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, op. cit., pág. 215.

⁶⁰² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, op. cit., pág. 117.

⁶⁰³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, op. cit., pág. 117.

impedirla”⁶⁰⁴. Se trata no necesariamente del conocimiento efectivo, sino del deber de conocimiento.

Bajo el mismo orden de ideas, según SILVA SÁNCHEZ, no se acepta del delegante “(...) una mera actitud pasiva o reactiva, a la espera de una actuación defectuosa del subordinado”⁶⁰⁵. A la confianza como principio, por lo tanto, se añade la desconfianza periódica, a título de verificación. Como lo expresa el mismo jurista, “(u)na vez establecido el sistema periódico de inspección o de remisión de información, el superior jerárquico puede considerarse amparado por el principio de confianza”⁶⁰⁶.

Por otra parte, con respecto a los modos específicos de vigilancia, SILVA SÁNCHEZ indica los siguientes: sistemas de inspección periódica, más o menos aleatorios; procedimientos o protocolos *bottom-up* de información periódica; creación de un órgano específico⁶⁰⁷. El nivel de vigilancia dependerá en concreto de

⁶⁰⁴ Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 1193/2010, de 24.II.2011, Ponente: MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel Colmenero.

⁶⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, op. cit., pág. 215.

⁶⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, op. cit., pág. 215.

⁶⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, op. cit., pág. 215.

la complejidad de las actividades de la empresa⁶⁰⁸ y también de las propias características personales⁶⁰⁹ y capacidad técnica⁶¹⁰ del delegado. Tal y como refiere MONTANER FERNÁNDEZ, “(...) la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión entiende que para la concreción de los deberes de control ha de estarse a las dimensiones de la empresa, a su forma de organización y a las distintas posibilidades o vías de ejercicio de la vigilancia en la empresa”⁶¹¹. En el mismo sentido, conforme a LASCURAÍN SÁNCHEZ, “(c)uanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante. La cualificación y la experiencia del delegado y la duración de la vigencia de una concreta delegación juegan, por contra, a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar así su actividad de vigilancia”⁶¹². Es importante observar, con todo, que ello presupone que el delegado tenga capacidad para desempeñar sus funciones. Por otro lado, por mayor que sea la capacidad del delegado, subsisten en

⁶⁰⁸ “(...) cuanta mayor entidad tenga el riesgo, mayor será la vigilancia y control requeridos”, en MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., pág. 169.

⁶⁰⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, op. cit., pág. 117.

⁶¹⁰ “(...) cuanta mayor entidad tenga el riesgo, mayor será la vigilancia y control requeridos”, en MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., pág. 169.

⁶¹¹ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., págs. 168 y 169.

⁶¹² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, op. cit., págs. 117 y 118.

el delegante deberes de vigilancia, aunque en un nivel menos intenso. MONTANER FERNÁNDEZ indica también el quebrantamiento anterior de la confianza como factor de intensificación del deber de vigilancia⁶¹³, lo cual, de todas maneras, no implica una “vigilancia incondicional y completa con la que se elimine cualquier riesgo”⁶¹⁴. En este último caso, se trata de saber si el quebrantamiento de la confianza permite o no, en concreto, la continuidad de la propia delegación: si permite, subsisten en el delegante sus deberes secundarios de garantía (deberes de vigilancia), aunque intensificados, pero no absolutos; si no permite, se establece una delegación defectuosa, capaz de reactivar en el delegante sus deberes *primarios*, ante la demostración concreta de la ausencia de capacidad del delegado.

Así pues, la delegación *válida* transmite al delegado los deberes *primarios* de garantía, subsistiendo en el delegante los *deberes de vigilancia* (deberes *secundarios* de garantía) en cuanto a la actividad del delegado. Dichos deberes de vigilancia consisten en: (i) “el deber de obtener conocimiento, que obliga a establecer estructuras aptas para tal obtención, o bien a su delegación en una estructura paralela de vigilancia”; (ii) “el deber de corregir la situación que se ha conocido como defectuosa (en términos de sospechas o indicios, conocimiento probable, o conocimiento seguro), o bien, si se carece de tal competencia de corrección, el deber

⁶¹³ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., págs. 169 y 170.

⁶¹⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., pág. 170.

de transmitir la información recibida a quien pueda tener tal capacidad de corrección”⁶¹⁵.

En todo el contexto descrito, cumple distinguir:

(i) Si el administrador delega sus deberes primarios de garantía a una persona no capacitada, ello no exonera al delegante ni siquiera de su posición primaria de garante, que es la de control de las fuentes de peligro. En efecto, la *delegación defectuosa* sitúa el problema en los márgenes del riesgo desaprobado y, por ende, no exonera al garante de sus deberes primarios. Según expone ROBLES PLANAS, en cuanto a la delegación defectuosa, “(s)i el delegado es incapaz o no se le facilita el dominio necesario para proceder a la delegación, ésta no se produce y el delegante mantiene su deber originario de evitación directa (o, en su caso, de control inmediato). Pero si el delegado es consciente de su incapacidad o de su imposibilidad y mantiene formalmente sus competencias podrá tener que responder también como garante por injerencia: por haber generado la situación de peligro consistente en la incompetente ostentación de una función”⁶¹⁶. En el mismo sentido, señala LASCURAÍN SÁNCHEZ que “(...) *la delegación no será efectiva*, y no generará su efecto propio de generación de un nuevo obligado –ni de transformación del deber del inicialmente obligado (...) –*si la cesión no se produce en quien aparece*

⁶¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, op. cit., págs. 215 y 216.

⁶¹⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Principios de imputación en la empresa”, op., cit., págs. 486-502, esp. 496.

*como capaz de desarrollarla y, en su caso, si no va acompañada de la entrega del necesario dominio para el cumplimiento del deber*⁶¹⁷.

(ii) Por otro lado, si la delegación se hace en una persona capacitada, el delegante queda liberado de su posición primaria, de control de la fuente de peligro, subsistiendo, con todo, sus deberes *secundarios* de garantía, es decir, de *supervisión* del delegado. Conforme a lo expresado por MONTANER FERNÁNDEZ, “(...) aunque exista una delegación en personas capacitadas para la función delegada y éstas dispongan de los medios necesarios para ejecutar su tarea, los deberes del delegante no desaparecen totalmente, sino que solamente se transforman. De ahí que el delegante mantenga o retenga determinadas funciones sobre la actividad de su delegado”⁶¹⁸.

Es en este sentido (ii) que a nuestro juicio se entiende lo decidido por el TS, al señalar que, “(...) no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas

⁶¹⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., págs. 120 y 121.

⁶¹⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión”, op. cit., págs. 413 y 414.

capacidades para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar”⁶¹⁹.

La misma lógica es defendida por BATISTA GONZÁLEZ, quien subraya que, “(...) no puede negarse a la delegación de funciones un poder exonerativo de responsabilidad para quien delegó, siempre, obviamente, que se constate que la delegación se ha efectuado con las exigencias a las que se hizo referencia y el siniestro pueda imputarse a un comportamiento propio del delegado. Sin embargo, sobre el delegante recaerá un deber de control; deber de control que no hace desaparecer para el delegante la posición de garante pero que sí supone, como se decía, una transformación cualitativa de la misma”⁶²⁰.

La subsistencia de la supervisión como deber secundario del delegante vincula a la delegación un importante aspecto dialéctico, en cuanto a sus fundamentos: la tensión entre confianza y desconfianza. En efecto, por un lado, la *confianza* en la capacidad del delegado, y en el cumplimiento por éste de los deberes primarios de control de las fuentes de riesgo que se le asignan, integra la esencia del instituto de la delegación, justificando el aspecto de exoneración del delegante en lo que respecta a dichos deberes primarios.

⁶¹⁹ TS, Sala 2ª de lo Penal, 26.III.1994. Ponente: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. En el mismo sentido, vid. la STS, Sala 2ª de lo Penal, 11.III.2010. Ponente: MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel Colmenero.

⁶²⁰ BATISTA GONZÁLEZ, María Paz, “La Responsabilidad Penal de los Órganos de la Empresa”, op. cit., pág. 155.

Sin embargo, por otro lado, la *desconfianza* es lo que esencialmente justifica la subsistencia, en el delegante, de deberes secundarios de garantía, o sea, de supervisión, vigilancia y control del delegado. Tal y como señala ROBLES PLANAS, “(...) la desconfianza (y su correlato en forma de deberes de vigilancia y control) no aparece ya como un fenómeno normativo particular asociado a la ostentación de posiciones de garante que van reconfigurándose en función de la dinámica empresarial, sino como manifestación de la normal distribución de competencias en la empresa mínimamente compleja”⁶²¹.

B) Forma y contenido de la delegación

En principio, no se demanda una forma específica para la realización de la delegación de competencias en el seno de la empresa. Por otro lado, no se admite una mera “delegación de hecho”, sin un registro mínimo del rol asumido por el delegado. El efecto de exoneración del delegante en cuanto a los deberes primarios de garantía sólo puede producirse si hay una delimitación clara de las tareas transferidas al delegado. Una “delegación no escrita”, a nuestro juicio, *normalmente* no es apta para delimitar las competencias y, por lo tanto, los deberes primarios distribuidos entre el delegante y el delegado. Al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ sí

⁶²¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Principios de imputación en la empresa”, op., cit., págs. 486-502, esp. 496.

admite la delegación y aceptación implícitas, al señalar que “(...) el factor fundante de la generación del nuevo deber de garantía por delegación y aceptación es la libre voluntad –el ejercicio de la autonomía– de delegante y aceptante. Como se instrumente el acuerdo, si se formaliza o cómo se formalice es irrelevante. Hay nuevo deber de garantía si hay acuerdo de voluntades – y (...) capacidad y dominio en del delegado (...)”⁶²². MONTANER FERNÁNDEZ sostiene la misma posición, al distinguir entre “(...) la delegación que interesa a efectos penales y la que pueda manifestarse en otras ramas del ordenamiento jurídico”⁶²³. En este sentido, subraya la jurista que “(...) la delegación relevante a efectos penales va más allá de la concesión de un encargo bajo una determinada forma. El sustrato material de la delegación, como elemento que transforma los ámbitos de competencia de los sujetos que en ella intervienen, no puede depender de criterios tan formalistas”⁶²⁴.

Sin embargo, como se trata de delegación de deberes *especiales* de garantía – es decir, de asunción por el delegado de un *rol especial*–, hay que normalmente exigirse alguna forma, aunque simple, que permita la delimitación mínima del rol del delegado. Sólo situaciones materiales inequívocas pueden traducir una

⁶²² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., pág. 125.

⁶²³ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., pág. 110.

⁶²⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., pág. 110.

delegación (implícita) sin un instrumento escrito⁶²⁵. Si ni siquiera en el ámbito extra-penal se pueda identificar una delegación, ¿cómo hablar de la asunción de un rol especial por un “delegado de hecho”, de manera tácita o implícita?⁶²⁶ A nuestro juicio, sólo en situaciones excepcionales, en que resulte inequívoca la transmisión de deberes primarios y claramente delimitado el rol especial transmitido, puede admitirse una delegación no escrita a efectos penales.

En este contexto, debe advertirse que sólo la asunción *material* de tareas por determinado sujeto en la empresa no es suficiente para perfeccionar una efectiva delegación, con los efectos que propios de este instituto, examinados anteriormente⁶²⁷. En palabras de REQUENA JULIANI, “(s)i bien no se requieren especiales formalidades para la delegación, no puede admitirse como suficiente la mera asunción material cuando de este modo se produce una excesiva división de las

⁶²⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ reconoce las dificultades propias de la delegación implícita al señalar que “(c)uestion distinta es que la falta de expresividad o de formalidad pueda conducir a errores en los participantes en el acuerdo o que pueda dificultar la prueba posterior relativa a que hubo delegación”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., pág. 125.

⁶²⁶ MONTANER FERNÁNDEZ reconoce las dificultades probatorias, aunque admita la delegación tácita: “Si bien es cierto que su otorgamiento por escrito facilita la prueba respecto a las competencias asumidas por el delegado y retenidas por el delegante, la doctrina considera que es suficiente con su concesión de manera tácita”, en MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., pág. 110.

⁶²⁷ Vid. *supra* Capítulo VIII, núm. II, apartado A).

funciones que hace irreconocible el rol, pues son las expectativas vinculadas al mismo las que, en su caso, son objeto de protección penal”⁶²⁸.

En efecto, la responsabilidad de los órganos de la empresa se dimensiona en función de *competencias de organización*, delimitadas en la ley y en los estatutos y demás instrumentos reguladores de la actividad empresarial. La simple realización empírica de tareas le convierte al sujeto en delegado del administrador de la empresa, si no hay una delimitación *normativa* claramente reconocible. Si bien el dominio fáctico de las fuentes de riesgo es necesario como fundamento de la responsabilidad penal por omisión impropia, está claro que no es suficiente. Sólo un rol mínimamente delimitado puede generar *expectativas normativas* y, por tanto, hacerle responsable a su titular por el control de los riesgos propios de su esfera de organización –y de dominio– personal.

Asimismo, la simple *confianza* en la actuación de otro *no* conforma una delegación, ni, por lo tanto, la transmisión de deberes primarios de garantía. Como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, “(l)a posible falta de expresividad y de formalidad del mecanismo de la delegación-aceptación no comporta el que genere deberes de garantía un fenómeno bien distinto, como lo es el de la mera confianza en que otro actuará, por ejemplo por su justificada fama de ‘buen samaritano’”. Es evidente que no hay aquí ni delegación ni aceptación, y que por ello no cabe reconducir estos supuestos a la fuente de posiciones de garantía que estamos abordando. Tampoco se

⁶²⁸ REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., pág. 173.

produce aquí (...) injerencia alguna del presunto altruista”⁶²⁹. En efecto, la mera situación material de actuación del sujeto, por su fama o histórico, no implica la asunción por él de especiales deberes de garantía.

Por otro lado, con respecto al *contenido del deber de garante*, la delimitación de los ámbitos de competencia del delegado se hace por la ley, de forma vinculada a la naturaleza de las funciones asumidas, y por los estatutos y normas internas de la empresa. Según expone REQUENA JULIANI, “(e)l contenido del deber de garante del delegado vendrá determinado por el ámbito de la delegación, si bien la misma deberá entenderse extendida a las funciones no expresamente delegadas que habitualmente acompañen el ejercicio de las que sí lo han sido de forma expresa (...) La delimitación del concreto conjunto de deberes que se imponen al delegado deberá realizarse a partir del análisis de los deberes de aseguramiento o salvamento que se le imponen (asunción) o del conjunto de interrelaciones que genera la institución en la que se integra (confianza)”⁶³⁰.

A título de ejemplo, el administrador de la empresa puede delegar a determinado sujeto capacitado la gestión de un establecimiento específico de la empresa. En este caso, el delegado tendrá la obligación legal de prestar cuentas

⁶²⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., pág. 129.

⁶³⁰ REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., págs. 173 y 174.

relacionadas a la unidad, conforme a la legislación vigente⁶³¹, otras obligaciones previstas en el estatuto de la empresa y en el instrumento por lo cual se haga la delegación, así como la responsabilidad por el control de las fuentes de riesgo propias de la unidad asumida (v.g.: control de los riesgos de los bienes producidos por la unidad, mediante las debidas cautelas de acondicionamiento/distribución y medidas de información al consumidor; control de los riesgos de accidentes en la unidad; vigilancia de la actividad de los empleados de la unidad, etc.).

C) ¿Reactivación en el delegante

de los deberes primarios de garantía?

En el apartado anterior, se ha examinado la distribución de deberes garantías entre el administrador de la empresa y su subordinado, en virtud de delegación de ámbitos de competencia por el primero al último. Se ha constatado que, tras la delegación, los *deberes primarios de garantía*, entendidos como *control de fuentes de peligro*, son transferidos al *delegado*, subsistiendo en el *delegante*, con todo, *deberes secundarios de garantía*, entendidos como *supervisión del delegado*⁶³². Ello

⁶³¹ REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, op. cit., pág. 173.

⁶³² Vid. *supra* Capítulo VIII, núm. II, apartado A). SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, op. cit., pág. 538. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*.

se aplica cuando la delegación se hace en un *delegado capacitado*. Por otra parte, en caso de *delegación defectuosa*, ya sea por la no delimitación clara de las esferas de competencia asignadas al delegante y al delegado, ya sea por la delegación en un sujeto no capacitado para el ejercicio de las funciones delegadas, subsisten en el *delegante deberes primarios de garantía*⁶³³.

En el presente apartado, se trata del problema de la *reactivación en el delegante de los deberes primarios de garantía*, en virtud de *circunstancias objetivas y/o subjetivas supervenientes* a la delegación perfecta, es decir, la que es realizada de forma claramente delimitada y en un sujeto capacitado para el ejercicio de las competencias delegadas.

La cuestión esencial que se plantea es la de si *el delegante*, tras la *desestabilización del foco de peligro en la esfera de competencia del delegado*, *reasume o no los deberes primarios de garantía*. En este contexto, *se pregunta si es o no relevante el conocimiento del delegante acerca de dicha desestabilización del foco de peligro*. En otras palabras, *¿conociendo un ambiente de riesgo desaprobado en la esfera de competencia del delegado, el delegante tiene el deber de impedir el resultado (deber primario) o sólo el deber de continuar supervisando el delegado (deber secundario)?*

Parte General, op. cit., pág. 509. / ROBLES PLANAS, Ricardo, “Principios de imputación en la empresa”, op. cit., págs. 486-502, esp. 496.

⁶³³ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Principios de imputación en la empresa”, op., cit., págs. 486-502, esp. 496.

En el examen de la imputación objetiva del hecho al administrador de empresa titular de deberes de garantía no se consideran los aspectos subjetivos (cognitivos y volitivos) de la conducta. En palabras de POLAINO-ORTS, “(e)l conocimiento especial que un sujeto podría tener sobre una cosa *no le puede ser reprochado en ningún momento a aquella persona a quien no obliga deber alguno*. No puede imputarse responsabilidad alguna *a quien no le competen en absoluto gestionar la privacidad del mismo*, precisamente porque ejerce un rol común”⁶³⁴.

Lo que interesa, en una dimensión normativa, es el cumplimiento o no del rol *especial* asignado al empresario garante. Tal y como expone GARCÍA CAVERO, “(...) la empresa suele considerarse una *organización formalizada* en la que a través del organigrama y estructuración interna –plasmado en estatutos, programas técnicos, o en el contenido mismo del contrato laboral– se determina *quiénes* son los miembros de la organización empresarial y *qué* rol cumple cada uno de los mismos. Entre los distintos miembros, recae formalmente sobre el administrador un número significativo de distintas funciones, obligaciones y responsabilidades –en el ámbito mercantil, civil o tributario– que configuran la posición que ostenta como la propia de un *rol especial*”⁶³⁵. Ello significa decir que el órgano directivo incumple sus

⁶³⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 100.

⁶³⁵ GARCÍA CAVERO, Percy, *Responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 99. ID., GARCÍA CAVERO, Percy, “Otra vez sobre sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular”, en InDret 3/2006, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, jul. 2006, pág. 5.

deberes de garantía cuando viola las *expectativas normativas especiales* asociadas a las *funciones que él especialmente ha asumido*.

En este sentido, la delegación válida de un ámbito de competencia personal libera al garante de sus deberes primarios, de control directo de las fuentes de riesgo desaprobado, a efectos de evitar resultados lesivos de ahí derivados. El delegante, así pues, no reasume automáticamente deberes primarios de garantía sólo por su conocimiento acerca de eventuales fuentes de peligro desaprobado en la esfera de competencia transmitida al delegado. Según expone ROBLES PLANAS, “(...) la especialización sólo puede operar desvinculando al garante primario de su posición de garante. En virtud de la especialización, el garante especializado pasa a desempeñar el papel fundamental para el ámbito en cuestión, p. ej., con el fin de lograr una mayor eficiencia en el desempeño de las funciones que inicialmente incumbían a todos los sujetos originalmente garantes. Con ello estos quedan liberados de su posición de garantía (que, por cierto, pueden volver a recobrar si se produce una nueva asunción por su parte). Precisamente por ello no penden sobre el garante inicial que ha dejado de serlo deberes de vigilancia y control sobre la actividad del nuevo garante. En este sentido no es afortunada la fórmula que utiliza la doctrina mayoritaria en virtud de la cual la posición de garante primaria se reactiva siempre con el mero conocimiento de la infracción del garante especializado”⁶³⁶.

⁶³⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Principios de imputación en la empresa”, op. cit., págs. 486-502, esp. 500.

Sin embargo, el delegante no está liberado de su deber secundario de supervisar el delegado, de modo que, si la continuidad de la situación de riesgo desaprobado representa un defecto de supervisión en la organización del delegante, éste es responsable del resultado delictivo –no como garante primario, sino como garante secundario, por incumplir su deber de supervisión. Lo que no se admite es reasuma sus deberes primarios sólo en virtud de la existencia –cognoscible o mismo conocida– de la fuente de riesgo desaprobado en la organización del delegado, lo cual significaría negar sentido al propio instituto de la delegación.

III. La delegación de la supervisión

de mecanismos de vigilancia y control (art. 31 bis. 2. del CP)

La reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido en el Código Penal, en el ámbito normativo de la *responsabilidad penal de la persona jurídica*, un régimen de: (i) *implantación* (adopción y ejecución) de sistemas de control y vigilancia, de responsabilidad del órgano de administración (art. 31 bis 2., 1ª condición); (ii) de *supervisión* del funcionamiento y del cumplimiento de dichos mecanismos de vigilancia y control, “confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica” (art. 31 bis 2., 2ª y 4ª condiciones).

Se trata de los mecanismos de *compliance* o de *cumplimiento* en el seno de la organización empresarial. Como define MONTANER FERNÁNDEZ, “(...) el *criminal compliance* es un método de prevención de naturaleza privada –fruto de la autorregulación empresarial– de las actividades infractoras –también de las delictivas– por parte de la empresa”⁶³⁷. Estos mecanismos representan uno de los instrumentos del llamado *gobierno corporativo*, o *corporate governance*⁶³⁸. Conforme a ROTSCH, “(s)e trata en última instancia del evidente principio vigente en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales según el cual las empresas y sus órganos deben operar armónicamente con el Derecho vigente”⁶³⁹. Según también definen BALCARTE y BERRUEZO, “(e)l *criminal compliance program* es un plan de ejecución cuyo norte es satisfacer los requisitos legales internos y externos relacionados a la regulaciones contravencionales y penales de cumplir con la normativa penal nacional o internacional (adoptada por el Estado), previniendo incurrir en la comisión de delitos y revelar los que se hayan cometido para ponerlos en conocimiento de la autoridad competente o, en su caso, cuando se trata de

⁶³⁷ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, op. cit., págs. 733-782, esp. 747.

⁶³⁸ ROTSCH, Thomas, “Criminal Compliance”, en InDret, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero de 2012, pág. 2.

⁶³⁹ ROTSCH, Thomas, “Criminal Compliance”, op. cit., pág. 2.

regulación exclusivamente interna, imponerles la consecuencia jurídica pertinente”⁶⁴⁰.

Dichos mecanismos de *compliance* se destinan no sólo a la prevención de ilícitos penales, sino en general a asegurar el cumplimiento de todas las normas de Derecho afectas a la organización empresarial. Tal y como expresa NIETO MARTÍN, “(...) la tarea de las empresas no es cumplir específicamente con el Derecho penal, sino contar con mecanismos de gestión y control internos que les permitan cumplir con toda la normativa que les afecta, sea de carácter administrativo, laboral, societario o penal. Las normas penales en el Derecho penal económico son accesorias de todos estos preceptos”⁶⁴¹. Y añade con propiedad el mismo jurista que “(e)l objetivo del *compliance* no es evitar ser castigadas por un delito contra el medio ambiente, sino cumplir con la legislación medioambiental”⁶⁴². Se identifica aquí una *dimensión positiva y formativa* del *compliance*. Como señala SILVIA SÁNCHEZ, “(...) es obvio que los programas de cumplimiento no se circunscriben a la adopción de medidas de vigilancia (controles, determinación de flujos de información). También se integran con medidas positivas de formación, que tratan no sólo de neutralizar factores culturales o dinámicas de grupo favorecedoras de

⁶⁴⁰ BALCARTE, Fabián I. / BERRUEZO, Rafael, *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016, pág. 161.

⁶⁴¹ NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, op. cit., págs. 21-50, esp. 27.

⁶⁴² NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, op. cit., págs. 21-50, esp. 27.

hechos ilícitos sino también de incentivar culturas de grupo de fidelidad al Derecho”⁶⁴³.

En este contexto general, de todas maneras, cabe individualizar un concepto específico de *criminal compliance*, que se ocupe “en un verdadero y limitado sentido sólo [de] aquellas cuestiones que resultan precisamente de la especial necesidad de anticipación de la responsabilidad penal por los riesgos y la pretendida aminoración preventiva de los mismos”, como señala ROTSCH⁶⁴⁴.

Antes que todo, el *criminal compliance* representa una transferencia, por parte del Estado a la empresa, de la tarea de identificación de hechos delictivos. Se trata, en palabras de Gómez-Jara Díez, de un modelo de “cesión a la empresa de un ámbito de autorregulación a cambio de responsabilidad por las consecuencias que de la misma derivan”⁶⁴⁵.

En el contexto descrito, cabe destacar la *implantación* de los mecanismos de vigilancia y control que integra la responsabilidad *directa* del administrador de la persona jurídica⁶⁴⁶. De todas maneras, el órgano directivo puede encomendar el

⁶⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, op. cit., pág. 237.

⁶⁴⁴ ROTSCH, Thomas, “Criminal Compliance”, op. cit., pág. 9.

⁶⁴⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico, Parte General y Especial*, Editorial B de F, Madrid, 2014, pág. 23.

⁶⁴⁶ Tal y como señala MONTANER FERNÁNDEZ, “(...) es la alta dirección de la empresa la que toma la decisión de implantar y conformar el sistema de *criminal compliance*”, en MONTANER

diseño (confección) y la realización del sistema de *compliance*⁶⁴⁷, sin que ello signifique, con todo, cualquier forma de transferencia de responsabilidad⁶⁴⁸. Por otra parte, la *supervisión* de los mecanismos le incumbe a un *órgano autónomo o legalmente competente*, que se puede designar por *compliance officer* u *órgano de cumplimiento*. Conforme a MONTANER FERNÁNDEZ, “(d)esde la doctrina penalista se entiende que el oficial de cumplimiento es un sujeto jerárquicamente inferior al administrador o alta dirección y su posición en la empresa es similar a la de un alto directivo. Según alguna opinión también es ‘el alto responsable en materia de cumplimiento’ [DOPICO GÓMEZ-ALLER]. En esta línea, se hace referencia a que la vocación del *compliance officer* va más allá de la mera ejecución de las tareas de

FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, op. cit., págs. 733-782, esp. 747.

⁶⁴⁷ Según DEL ROSAL BLASCO, “(...) el diseño y la implantación del modelo y la designación del órgano responsable de su funcionamiento y cumplimiento, que son requisitos elementales del contenido de un programa de prevención de delitos en la empresa son (...) responsabilidad indelegable del órgano de gobierno. Esto no quiere decir, claro está, que el órgano de administración no pueda encomendar a un tercero, interno o externo, el diseño y la implantación en la empresa del modelo, pero la responsabilidad de su correcto diseño e implementación le corresponde a dicho órgano de gobierno”, en DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 81-125, esp. 109.

⁶⁴⁸ PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso, “La Responsabilidad de las Personas Jurídicas”, op. cit., pág. 127.

prevención, lo que, por lo demás, ya se está llevando a cabo en las empresas (ej. riesgos laborales, medidas antiblanqueo de capitales, riesgos ambientales, etc.)⁶⁴⁹.

La propia ley penal, por lo tanto, establece un sistema de distribución de responsabilidades entre el órgano directivo y un órgano autónomo⁶⁵⁰. Se trata de la delimitación normativa del rol especial de cada uno de dichos sujetos, aunque inmediatamente sólo a efectos de apreciación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Es decir: la persona jurídica queda exenta de responsabilidad penal si su órgano directivo ha implantado (art. 31 *bis* 2., 1ª condición) y un órgano autónomo en su estructura ha supervisado (art. 31 *bis* 2., 2ª y 4ª condiciones) mecanismos de vigilancia y control capaces de evitar (o por lo menos reducir el riesgo) de resultados delictivos en consecuencia de la actividad de la empresa⁶⁵¹.

En este contexto, más allá de la definición de la responsabilidad de la persona jurídica, el régimen del art. 31 *bis* 2., 1ª y 2ª condiciones, genera un conjunto de *expectativas normativas especiales* en cuanto al *administrador*, por un lado, y al *órgano autónomo o legalmente competente*, por otro.

En el presente apartado, interesa analizar la específica situación del *órgano autónomo*, en lo que respecta a la *supervisión* de los mecanismos de *compliance*.

⁶⁴⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, op. cit., págs. 733-782, esp. 748.

⁶⁵⁰ Artículo 31 bis.2, 1ª y 2ª condiciones, del Código Penal.

⁶⁵¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 56.

Se trata, a nuestro juicio, de una *forma especial de delegación de funciones*. Esa es la opinión de, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, quien entiende que el *compliance officer* es un delegado el administrador, si bien con más funciones⁶⁵², y debe por tanto tener capacidad de tomar decisiones⁶⁵³. Esa concepción implica que “(...) administrador de la empresa traspasa la gestión del programa de cumplimiento, y no la construcción de la organización de cumplimiento, al *compliance officer*”, como señala MONTANER FERNÁNDEZ⁶⁵⁴. El fundamento de esta concepción radica, según SILVA SÁNCHEZ, en que “(e)l deber de vigilancia, que retiene el superior jerárquico cuando delega competencias en sus subordinados, es asimismo delegable. La delegación puede recaer sobre algún subordinado específico (...éste puede ser el

⁶⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, en MONTIEL, Juan Pablo / KUHLEN, Lothar / URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 79-106, esp. 99.

⁶⁵³ Conforme a GÓMEZ TOMILLO, “(...) el *compliance officer* se encuentra en una situación de especial riesgo penal”, y “(l)o que no cabe es que se convierta en una especie de chivo expiatorio por precio en forma de salario”, añadiendo el jurista que “(s)u responsabilidad penal debería depender estrictamente de su capacidad efectiva de tomar decisiones en el seno empresarial”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Compliance penal y política legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 65.

⁶⁵⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, op. cit., págs. 733-782, esp. 752.

caso del *compliance officer*) o externalizarse en una persona física o jurídica externa”⁶⁵⁵.

En efecto, es la propia ley la que directamente delimita el ámbito de competencia personal del *órgano autónomo*⁶⁵⁶, y la concreta organización de la empresa es que designará dicho órgano, con la transferencia de las funciones de supervisión, las cuales deben ser especificadas. Según expone BACIGALUPO SAGGESE, “(l)as exigencias para los programas de cumplimiento normativo que disponen los arts. 31 *bis* 2, 1º y 2º y 31 *bis* 5 del Código penal establecen los siguientes requisitos de carácter general: 1º. Medidas de *vigilancia y control idóneo para prevenir delitos*: el deber de implementación es competencia del Consejo de Administración; 2º. *Supervisión del funcionamiento y cumplimiento por órgano independiente con poderes autónomos de iniciativa y control*: a) se debe establecer en la estructura de la empresa un órgano de cumplimiento específico; b) con un responsable que tenga atribuidas funciones de supervisión, control e iniciativa de proponer los cambios de protocolos necesarios; c) el deber de aprobar cualquier modificación/adaptación de los programas es competencia del Consejo de Administración”⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, op. cit., pág. 235.

⁶⁵⁶ Vid. Artículo 31 bis.2, 2ª condición, del Código Penal.

⁶⁵⁷ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La Responsabilidad de los Entes Colectivos: el modelo de imputación del Código Penal”, op. cit., pág. 42.

Así pues, los deberes primarios de garantía, en cuanto a la *supervisión de los mecanismos de vigilancia y control*, se transfieren, mediante la designación (delegación), al órgano autónomo concretamente indicado⁶⁵⁸. MONTANER FERNÁNDEZ, con todo, se posiciona en contra dicha concepción, al señalar que “(e)l oficial o encargado de cumplimiento no es, en sentido estricto, un delegado del empresario, sino más bien un sujeto que realiza un encargo de la ejecución de una función. Si bien asume una función relacionada con la vigilancia del cumplimiento normativo, su posición de garantía es, a lo sumo, de carácter interno”⁶⁵⁹.

A nuestro juicio, sí se trata propiamente de una delegación, ya que el art. 31 *bis.2*, 2^a, establece un específico deber de supervisión asignado al órgano de cumplimiento (aunque a efectos de la caracterización de la responsabilidad penal *de la persona jurídica*, se trata de un referencial normativo importante). Así pues, el órgano de cumplimiento asume una posición de garantía, aunque limitada, restricta sólo a la supervisión de los mecanismos de vigilancia y control.

⁶⁵⁸ “(...) si lo que existe entre el empresario y el oficial de cumplimiento es una delegación de funciones, aunque sea parcial, eso significa –conforme al concepto de delegación que aquí se mantiene– que el delegado asumiría la responsabilidad principal sobre el objeto de la delegación y, en consecuencia, ostentaría una posición de garantía primaria al respecto”, en MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, op. cit., págs. 733-782, esp. 755.

⁶⁵⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, op. cit., págs. 733-782, esp. 765.

La cuestión esencial en este ámbito, por lo tanto, es no la de negar su posición de garantía y considerarlo un mero ejecutor, sino de identificar los límites de sus deberes de garantía, lo cual dependerá del perfil concreto del órgano de cumplimiento en la empresa de que se trate⁶⁶⁰.

Una aproximación hacia la identificación del contenido de los deberes de garantía del *compliance officer* puede encontrarse en esta exposición de DEL ROSAL BLASCO, al señalar que “(...) la omisión del cumplimiento de los deberes en relación a delitos que ya se han cometido, sólo puede articularse como una omisión de denuncia, que no es punible en nuestro sistema penal; segundo, que respecto a los delitos que se van cometer tendríamos que poder hablar de conductas omisivas que, de no haberse producido, hubieran obstaculizado o, incluso, evitado el delito. Este tipo de conductas omisivas se suelen concretar, generalmente, a través de pasividades ante la presencia de indicios (ya sea del órgano de administración, que conoce el desarrollo de determinados comportamientos irregulares en la empresa y no implanta medidas, ya sea del responsable de cumplimiento que no reacciona ante los mismos), o a través de la no transmisión de la información recibida u obtenida

⁶⁶⁰ En este sentido, como indica MONTANER FERNÁNDEZ, “(...) estos poderes autónomos de iniciativa y de control a los que alude el art. 31 bis CP, y cuyo contenido específico dependerá el concreto perfil que finalmente adopte el *compliance officer* en la empresa en cuestión, se refieren a la función de supervisión del sistema de cumplimiento normativo”, en MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, op. cit., págs. 733-782, esp. 759 y 760.

(en este caso, por parte del responsable de cumplimiento normativo), pero también es posible que se realicen a través de una dejación total de las funciones, por más que este caso puede que no sea el caso más frecuente; y tercero, que los deberes de prevención sólo se tiene respecto de los delitos de los que puede responsable penalmente la empresa”⁶⁶¹.

En una esfera restringida, por lo tanto, existen deberes primarios de garantía concentrados en el órgano de cumplimiento, que le hacen responsable, a título de omisión impropia, por la comisión de hechos penalmente típicos atribuibles a su ámbito de organización.

Por otro lado, si el administrador de la empresa no designa un órgano autónomo encargado de la supervisión, ésta persiste en su esfera de competencia personal y, por tanto, en su propio rol, haciéndole responsable por los defectos de supervisión (de los sistemas de *compliance*) que seguramente habrían evitado la comisión de delitos a partir de la empresa.

⁶⁶¹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, op. cit., págs. 81-125, esp. 104.

CAPÍTULO IX

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DEL ÓRGANO DIRECTIVO

I. Consideraciones generales

Tras la identificación de los criterios de imputación objetiva del resultado delictivo al *administrador de una empresa* garante, cumple delimitar el título de responsabilidad penal adecuado, dentro del contexto normativo de la *intervención delictiva* (autoría y participación) en el marco de la *omisión impropia*⁶⁶².

⁶⁶² Conforme a FEIJOO SÁNCHEZ, se pueden identificar tres etapas lógicas de la imputación objetiva en el seno de la estructura empresarial compleja, exponiendo el autor que cumple “(...) diferenciar dogmáticamente tres tipos de problemas que plantea la imputación objetiva (entendida como imputación de hechos delictivos a personas) en el ámbito de las organizaciones empresariales, aunque no siempre se presenten como tales en hechos concretos: a) Determinar cuando el delito es objetivamente imputable al ámbito de organización ‘empresa’, ya que puede ser que a ésta no se le pueda imputar objetivamente un hecho. Si no es posible imputarle objetivamente el hecho a la empresa tampoco será posible imputárselo a sus integrantes (...); b) Una vez que se ha constatado que el hecho es objetivamente imputable a la empresa determinar cuáles son las personas físicas que dentro del entramado corporativo son competentes de ese hecho como autores o partícipes. La delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad dentro de la empresa hace que no se tenga deber de evitar lo que sucede en ámbitos ajenos de la misma empresa. Haciendo uso de una

Antes que todo, la cuestión político-criminal que se plantea aquí es la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal del empresario garante y omitente sólo como partícipe. Según lo señalado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(...) no deja de producir perplejidad que se califique de simple partícipe a quien domine de forma esencial todo el hecho típico, debido a que sea él quien ha trazado todo el plan delictivo y quien posee un pleno control sobre los medios y los instrumentos a través de los cuales se ha desplegado toda la actividad criminal”⁶⁶³. Y añade el mismo jurista que, “(e)n tal caso, parece evidente que la conducta del ‘hombre de atrás’ es un comportamiento que reviste los caracteres de *auténtica autoría*”⁶⁶⁴. Se trata, por tanto, no sólo de la necesidad político-criminal de castigar al órgano directivo por la omisión del cumplimiento de su deber especial, sino de castigarlo especialmente como *autor*, y no como simple partícipe. En este sentido,

conocida expresión de JAKOBS, ni siquiera dentro de una empresa todo es asunto de todos. (...); c) Y, por último, es preciso determinar cuáles de entre las personas competentes han infringido sus deberes. Los deberes son prestaciones altamente personales y, por tanto, la infracción de un deber debe ser determinada e imputada de forma individualizada teniendo en cuenta la estructura y la organización de la empresa. El principio de confianza es un criterio de gran ayuda para determinar si una persona ha infringido o no sus deberes en los supuestos de trabajo en equipo o dentro de una organización”, en FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Autoría y participación en estructuras empresariales complejas”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.) / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas redondas de derecho y economía*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 200.

⁶⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 494.

⁶⁶⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 495.

conforme a ROXIN, “(...) no se puede desconocer que hay una necesidad político-criminal de castigar como autores a cargos directivos que proponen, promueven o, incluso, sólo permiten acciones criminales en sus empresas”⁶⁶⁵.

Antes del examen de los problemas dogmáticos de autoría y participación en el contexto de la responsabilidad penal por omisión impropia de los órganos de la empresa, cumple delimitar los conceptos de autoría y participación –en el marco de la *intervención delictiva*, según la expresión más moderna⁶⁶⁶– considerando al Derecho Penal español.

II. Conceptos de Autoría y Participación como formas de Intervención Delictiva

A) Aportes doctrinales: autoría y dominio del hecho

En su clásico e influyente libro *Täterschaft und Tatherrschaft (Autoría y dominio del hecho)*, originalmente publicado en 1963, Claus ROXIN ha desarrollado

⁶⁶⁵ ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, trad. de Justa GÓMEZ NAVAJAS, en *Revista Penal*, núm. 18, 2006, pág. 248.

⁶⁶⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 255.

la noción de *dominio del hecho*, ya antes afirmada por WELZEL⁶⁶⁷, y la hoy conocida distinción entre *delitos de dominio* y *delitos de infracción de deber*⁶⁶⁸. Esa teoría, bajo otros parámetros normativos, ha sido posteriormente desarrollada por JAKOBS, quien distingue entre los *delitos derivados de una competencia de organización* de los *delitos derivadas de una competencia institucional*⁶⁶⁹. Ello conforma el problema de la autoría como un *ámbito de competencia personal* o *rol* (general o especial), cuyo incumplimiento representa el fundamento de responsabilidad a título de autoría⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, traducción de la novena edición alemana (2015) por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis Serrano GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 80 y 81. Vid. también POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 258.

⁶⁶⁸ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 343 y sig.

⁶⁶⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., págs. 970 y sigs.

⁶⁷⁰ Como lo expresa POLAINO-ORTS, “(s)i el ejercicio del rol (...) se identifica con el cumplimiento de la norma es lógico concluir que el quebrantamiento del rol es la llave que abre la puerta de par en par a la *imputación penal* sobre la base de la infracción de una norma jurídica. La explicación es muy clara. El sujeto que gestiona su ámbito de organización creando una *disimetría* entre su comportamiento real y el comportamiento que de él, en función de su rol social, se esperaba socialmente, no sólo infringe su rol y quebranta la norma, sino que defrauda expectativas socialmente institucionalizadas, de manera que corre el riesgo de que le reprochen jurídicamente su proceder. Desde ese punto de vista, puede definirse muy sencillamente la imputación penal como la *desviación respecto de aquella expectativa que compete al portador de un rol (...)*”, en POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 73 y 74.

En lo que respecta a la concepción del *dominio del hecho*, ROXIN la ha aplicado a cada una de las formas de *intervención delictiva*, concluyendo lo siguiente: (i) en la *autoría directa e inmediata* hay propiamente el *dominio del hecho* o *dominio de la acción*, como realización del tipo de propia mano⁶⁷¹; (ii) en la *autoría mediata* existe un *dominio de la voluntad*, por coacción (*dominio de la voluntad en virtud de coacción*⁶⁷²), por error (*dominio de la voluntad en virtud de error*⁶⁷³), por la utilización de inimputables (*dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y jóvenes*⁶⁷⁴) o a través de aparatos organizados de poder (*dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas*⁶⁷⁵); (iii) en la *coautoría* o *cooperación* hay un *dominio del hecho funcional* o *dominio conjunto del hecho*⁶⁷⁶.

En ese sentido, la teoría del dominio del hecho, tal y como la ha concebido ROXIN, no constituye propiamente un fundamento de la propia imputación penal, sino del título de responsabilidad, como *autor*, de quienes detengan el *dominio* – directo, funcional o de voluntad– de la acción típica. Ello significa decir que el criterio del dominio del hecho interviene para caracterizar como autor, y no como

⁶⁷¹ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 133 y sig.

⁶⁷² ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 148-172.

⁶⁷³ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 173-228.

⁶⁷⁴ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 229-237.

⁶⁷⁵ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 238-245.

⁶⁷⁶ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 269-298.

simple partícipe, a la persona penalmente imputable –y cuya responsabilidad por el hecho delictivo ya se ha fijado por los criterios generales– que en concreto haya sido “señor del hecho”, según la expresión de WELZEL⁶⁷⁷.

Por otro lado, se ha visto en otros capítulos que el *dominio* constituye un fundamento de la propia responsabilidad a título de *omisión* del titular de deberes especiales de garantía⁶⁷⁸. No se trata, con todo, del fundamento único, sino que se exige, según la concepción funcionalista, el ya referido aspecto del incumplimiento de un rol especial asignado al garante omitente⁶⁷⁹.

Como se examinará en el próximo apartado, *infra*, el dominio como fundamento de imputación y como fundamento de la responsabilidad por autoría conduce a una situación especial en los delitos de imputación a título de omisión impropia.

En los próximos apartados (*B* y *C*) se analizará la disciplina normativa de las diversas formas de intervención delictiva en el Derecho Penal español y en algunos sistemas en el Derecho Penal comparado.

⁶⁷⁷ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 80 y 81. Vid. también POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 258.

⁶⁷⁸ Vid. esp. *infra* el núm. III en el Capítulo VII y el núm. III, apartado C, ítem 3) del Capítulo IV.

⁶⁷⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 73.

B) Derecho Penal español

En el Título II de las Disposiciones Generales del CP español (“De las Personas Criminalmente Responsables de los Delitos”) están previstas, como formas de *intervención delictiva*⁶⁸⁰, la *autoría* y la *complicidad* (art. 27 del CP). *Autores* son “quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento” (art. 28 CP), así como, *por equiparación*, “los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo” (art. 28.1 CP) y “los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado” (art. 28.2 CP), mientras que *cómplices* son los que, no hallándose comprendidos en las formas de autoría, “cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos” (art. 29 CP).

Se identifican, en el concepto de autoría: (i) las *formas propias u originarias*, que abarcan la *autoría directa o inmediata*, la *coautoría* y la *autoría mediata*; (ii) las *formas extensivas o equiparadas*, que incorporan la *inducción*⁶⁸¹ y la *cooperación*

⁶⁸⁰ Según POLAINO NAVARRETE, “(e)l Código penal, bajo la rúbrica ‘De las personas criminalmente responsables de los delitos’, dedica los arts. 27 a 31 bis a lo que tradicionalmente se ha llamado autoría y participación delictivas y en terminología moderna podemos llamar, más adecuadamente, intervención delictiva”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 255.

⁶⁸¹ Para un detallado estudio de la *inducción*, vid. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

*necesaria*⁶⁸². Dentro de la delimitación *legal* de la autoría se incluyen, por lo tanto, las formas equiparadas de *inducción* (art. 28.1) y de *cooperación necesaria* (art. 28.2). Así, en estas hipótesis, se trata en verdad del *inductor* y del *cooperador necesario* como *partícipes legalmente equiparados a los autores*⁶⁸³. Por otro lado, formas especiales de personas criminalmente responsables se disciplinan en los arts. 31 (*administradores de hecho o de derecho de una sociedad*) y 31 bis (*personas jurídicas*).

La doctrina contemporánea define a la autoría como *dominio exclusivo o compartido del hecho*⁶⁸⁴. Así entendida, la autoría engloba a los sujetos que “realizan el hecho por sí solos” (*autores exclusivos directos o inmediatos*, conforme al art. 28, primera parte, del CP), a los que reparten entre sí componentes de la acción típica (*coautores*, o sea, los que realizan el hecho *conjuntamente*, conforme al art. 28, segunda parte) y los que utilizan a otra persona como instrumento para realizar el hecho (*autores mediatos*, conforme al art. 28, tercera parte).

A su vez, la *inducción* y la *cooperación necesaria*, aunque legalmente equiparadas a la autoría (art. 28, apartados 1 y 2), constituyen formas de

⁶⁸² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 256.

⁶⁸³ BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, La Ley, Madrid, 2003, pág. 1278.

⁶⁸⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 137.

participación que conllevan, según expone CUELLO CONTRERAS, “un *injusto propio realizado a través del comportamiento típico (injusto) del autor*, estribando la razón de su punición en el hecho de que la autoría se ve *reforzada* por la contribución del partícipe, por lo que debe prevenirse, y en el hecho de que muchas veces *no se sabe hasta el final* si el papel asumido a lo largo del proceso del delito resulta mejor caracterizado como una u otra de las formas de la participación”⁶⁸⁵.

Este contexto normativo refleja la delimitación de la *autoría* como *pertenencia* del delito, en el sentido de que, tal y como expone MIR PUIG, “(...) es autor todo aquél que contribuye al delito en condiciones tales que puede imputársele como suyo”⁶⁸⁶. Se trata de la *autoría directa, única, inmediata*⁶⁸⁷.

La *coautoría*, a su vez, existe en una situación de *pertenencia compartida*, por dos o más personas que en conjunto detienen el dominio de la acción típica y de la causalidad. Según expone POLAINO NAVARRETE, “(...) la coautoría se fundamenta en tres requisitos fundamentales: la división del trabajo, el acuerdo de voluntades y el dominio funcional del hecho”⁶⁸⁸. Esas nociones expresan el aspecto de compartición (división del trabajo, acuerdo de voluntades) estrechamente

⁶⁸⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 137.

⁶⁸⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 392.

⁶⁸⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 262.

⁶⁸⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 265.

vinculado al hecho típico (dominio *funcional* del hecho). La noción de *dominio del hecho funcional* como asociada a la coautoría (o *cooperación*) fue desarrollada por ROXIN en su clásica obra *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*⁶⁸⁹.

Por otro lado, en la *autoría mediata* el sujeto utiliza a otro *como instrumento* para la práctica del hecho delictivo, existiendo también en este caso la relación de pertenencia del delito a quien lo domina. Se trata, en este caso, de un *dominio de la voluntad*, que según la influyente formulación de ROXIN, se puede manifestar como coacción⁶⁹⁰, error⁶⁹¹ o aparatos organizados de poder⁶⁹².

Por otra parte, la *participación* constituye forma de *contribución accesoria* en el comportamiento típico propio del autor. Este concepto incluye la *inducción*, la *cooperación necesaria* y la *complicidad*. Con todo, la inducción y la cooperación necesaria, por razones de orden político-criminal, son punibles como autoría, en tanto formas equiparadas (art. 28, segundo párrafo, CP). Tal y como lo expresa POLAINO NAVARRETE, con respecto a la *inducción*, “(s)egún la doctrina, la inducción no es propiamente una forma de autoría sino de participación, aunque por cuestiones político-criminales el legislador haya decidido equiparar –mediante la

⁶⁸⁹ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 269 y sig.

⁶⁹⁰ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 148 y sig.

⁶⁹¹ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 173 y sig.

⁶⁹² ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 237 y sig. Vid. también POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 258.

cláusula legal de extensión (‘también serán considerados autores...’)—, al menos a efectos de pena, al inductor y al autor. En todo caso, ambos son intervinientes y el hecho de que su pena sea idéntica puede ser cuestionable dogmáticamente, como de hecho la cuestiona la doctrina (...)⁶⁹³. Lo mismo se aplica a la *cooperación necesaria*⁶⁹⁴.

Siguiendo el mismo orden de ideas, JESCHECK, con referencia al Derecho Penal alemán, señala que mientras “(...) el autor comete por sí mismo o través de otro la acción típica o colabora en ella como coautor, el inductor y el cómplice quedan fuera del tipo”⁶⁹⁵. Y añade el jurista alemán que “(...) los requisitos de inducción y complicidad se deducen, así, sólo parcialmente del correspondiente tipo de delito, y por lo demás, sólo de preceptos complementarios de la Parte General que se refieren, no obstante, a las tipicidades de la Parte Especial”⁶⁹⁶. En efecto, es en la Parte General que se encuentra la cláusula de equiparación de la inducción y de la cooperación necesaria a la autoría.

⁶⁹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 272.

⁶⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 274.

⁶⁹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. II, op. cit., pág. 888.

⁶⁹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. II, op. cit., pág. 888.

Fuera del ámbito normativo de la autoría (la propia y la equiparada) está la forma de la *complicidad* (art. 29 del CP), cuyo fundamento de punición es, por modo diferente de la inducción y de la cooperación, “(...) hacer posible, intensificar o facilitar la producción del resultado por el autor”, según indica CUELLO CONTRERAS⁶⁹⁷. En los términos del art. 29 del CP, la complicidad abarca los sujetos que, “(...) no hallándose comprendidos en el artículo anterior [hipótesis de inducción y cooperación necesaria], cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”. En este sentido, como señala POLAINO NAVARRETE, “se trata de una figura complementaria de la cooperación necesaria”⁶⁹⁸.

C) Derecho Penal comparado

A título de referencia, se consideran aquí los sistemas de autoría y participación en el Derecho Penal alemán, el Derecho Penal francés, el Derecho Penal del Reino Unido, el Derecho Penal internacional, el Derecho Penal portugués y el Derecho Penal brasileño.

⁶⁹⁷ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 155.

⁶⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 275.

En el Derecho Penal alemán, el tema de la intervención delictiva es objeto de tratamiento normativo bajo la designación *Täterschaft und Teilnahme* (*Autoría y Participación*) dentro del Título Tercero del StGB, entre los §§ 25 y 31. Se distinguen, del mismo modo que en el Derecho Penal español, las formas de la *autoría* o *Täterschaft* (§ 25, StGB⁶⁹⁹), de la *inducción* o *Anstiftung* (§ 26, StGB⁷⁰⁰) y de la *complicidad* o *Beihilfe* (§ 27, StGB⁷⁰¹). A la hipótesis de *complicidad* se asocia una atenuación de pena (§ 27.2 y 49.1, StGB⁷⁰²), tratándose, por lo tanto, de una forma de intervención delictiva de menor importancia que la autoría, según la misma lógica del sistema español.

⁶⁹⁹ § 25, StGB, *Täterschaft*: “(1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)“.

⁷⁰⁰ § 26, StGB, *Anstiftung*: “Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat“.

⁷⁰¹ § 27, StGB, *Beihilfe*: “(1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat; (2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern“.

⁷⁰² § 27 (2), StGB: (2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern“. § 49 (1), StGB: “Ist eine Milderung nach dieser Vorschrift vorgeschrieben oder zugelassen, so gilt für die Milderung folgendes: 1. An die Stelle von lebenslanger Freiheitsstrafe tritt Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren. 2. Bei zeitiger Freiheitsstrafe darf höchstens auf drei Viertel des angedrohten Höchstmaßes erkannt werden. Bei Geldstrafe gilt dasselbe für die Höchstzahl der Tagessätze. 3. Das erhöhte Mindestmaß einer Freiheitsstrafe ermäßigt sich: im Falle eines Mindestmaßes von zehn oder fünf Jahren auf zwei Jahre, im Falle eines Mindestmaßes von drei oder zwei Jahren auf sechs Monate, im Falle eines Mindestmaßes von einem Jahr auf drei Monate, im übrigen auf das gesetzliche Mindestmaß“.

Por su parte, el Derecho Penal portugués adopta la misma lógica del Derecho Penal español y del Derecho Penal alemán, sancionando al partícipe de forma atenuada con relación a la pena aplicable al autor (arts. 26 y, especialmente, 27, apartado 2, del CP portugués⁷⁰³).

Ese es también el régimen vigente en el Derecho Penal brasileño, en que se adopta la distinción entre *autoría*, por un lado, y *participación de menor importancia*, por otro, reservándose a ésta una reducción de pena de 1/6 hacia 1/3, conforme al art. 29, § 1º, del CP brasileño⁷⁰⁴. La participación de menor importancia (o participación en sentido estricto) abarca la *inducción* y el *auxilio material*, incluyendo, por lo tanto, formas que el Derecho Penal español considera equiparada a la autoría.

Por otro lado, en el Derecho Penal francés, se equipara la autoría a la complicidad. *Autor* es la persona que “comete los hechos incriminados” o “intenta cometer un crimen o, en los casos previstos por la ley, un delito” (art. 121-4 del CP francés⁷⁰⁵). El *cómplice*, a su vez –así entendida, según el art. 121-7 del CP⁷⁰⁶, es la

⁷⁰³ Artigo 27, CP português: “*Cumplicidade*. 1 – É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso. 2 – É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada”.

⁷⁰⁴ Artigo 29, CP brasileiro: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

⁷⁰⁵ Art. 121-4, CP français : « Est auteur de l’infraction la personne qui : 1º Commet les faits incriminés ; 2º Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ».

persona que por ayuda o asistencia ha facilitado la preparación o la consumación de la infracción penal (concepto semejante al que adopta el Derecho Penal español), así como la persona que por promesa, amenaza, orden o abuso de autoridad ha provocado una infracción o dado instrucciones para que se la cometiera (lo cual en el Derecho Penal español sería una hipótesis de auténtica autoría)– es sancionado de la misma forma que el autor (art. 121-6 del CP francés⁷⁰⁷). En el sistema francés, por tanto, no hay relevancia de la distinción entre autor y partícipe a efectos de aplicación de una pena, ya que incluso la forma menos grave de complicidad es legalmente equiparada a la autoría. De todas maneras, cabe al juez, en el caso concreto, establecer la pena adecuada al grado de participación.

Adopta la misma lógica del Derecho Penal francés el Derecho Penal del Reino Unido. De esta manera, modernamente no se aplica, a efectos de aplicación de pena, la distinción entre *principal perpetration* y *complicity* o *secondary (o accessory) participation*. Según DE THAN y HEATON, “(...) la persona que practica el *actus reus* de un crimen es conocida como el *perpetrator* o el principal actor del crimen. Actores con frecuencia tienen cómplices que los asisten o estimulan en la comisión de un crimen y que son conocidos como *accessories to the crime* o partes secundarias. Esos cómplices están sujetos a ‘responsabilidad y punición como un

⁷⁰⁶ Art. 121-7, CP français : « Est complice d’un crime ou d’un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ».

⁷⁰⁷ Art. 121-6, CP français : « Sera puni comme auteur le complice de l’infraction, au sens de l’article 121-7 ».

infractor principal' por la infracción asistida o estimulada"⁷⁰⁸. Por ejemplo, en el *Serious Crime Act 2007*, se definen las llamadas *inchoate offences* (infracciones rudimentarias), que incluyen el estímulo o asistencia a la comisión del hecho criminal (ítems 44 hacia 46 de la Parte II⁷⁰⁹). Esas infracciones son perseguibles con independencia de la persecución de las ofensas principales (y, por tanto, de los autores principales)⁷¹⁰.

Semejante a la regulación del Reino Unido es la del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en cuyo art. 25, apartado 3, se dispone: "3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a)

⁷⁰⁸ "A person who performs the *actus reus* of a crime is known as the perpetrator or the principal of that crime. Perpetrators of crimes often have accomplices who assist or encourage them in the commission of the crime and who are known as accessories to the crime or secondary parties to it. Such accomplices are 'liable to be tried... and punished as the principal offender' for the offence assisted or encouraged", in DE THAN, Claire / HEATON, Russel, *Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pág. 449.

⁷⁰⁹ 44 – *Intentionally encouraging or assisting an offence*. (1) A person commits an offence if – (a) he does an act capable of encouraging or assisting the commission of an offence; and (b) he intends to encourage or assist its commission. (2) But he is not to be taken to have intended to encourage or assist the commission of an offence merely because such encouragement or assistance was a foreseeable consequence of his act".

⁷¹⁰ Para más detalles, vid. MITCHELL, Barry, "Participating in Homicide", in REED, Alan (ed.) / BOHLANDER, Michael (ed.), *Participation in Crime: domestic and comparative perspectives*, Ashgate Publishing, Farnham, 2013, págs. 7-24 / DE THAN, Claire / ELVIN, Jesse, "Towards a Rational Reconstruction of the Law on Secondary Participation and Inchoate Offences: Conspiracy", in REED, Alan (ed.) / BOHLANDER, Michael (ed.), *Participation in Crime: domestic and comparative perspectives*, Ashgate Publishing, Farnham, 2013, págs. 141-156.

Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad (...)⁷¹¹.

Se pueden identificar en el dispositivo –particularmente en el art. 25, 3, a–, las tres formas básicas de autoría: la *autoría directa e inmediata*; la *coautoría*; la *autoría mediata*. Además, se prevén las formas de *complicidad*, de *cooperación* e *inducción* (art. 25, 3, c, d y e), sin distinción, en cuanto a los efectos (aplicación de

⁷¹¹ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, Roma, 17 de julio de 1998.

pena), entre unas y otras⁷¹². En particular, se adopta la tesis de ROXIN en cuanto a la *autoría mediata por aparatos organizados de poder*⁷¹³, es decir, una forma de *autoría mediata con un ejecutor penalmente responsable*⁷¹⁴. Esta *no* es una lógica aplicable en el Derecho Penal español⁷¹⁵, en que la autoría mediata supone la práctica del hecho con la utilización de un sujeto *no imputable como instrumento*⁷¹⁶.

⁷¹² Conforme señala MUÑOZ CONDE, “(...) es evidente que en ese art. 25.2.a), al distinguir claramente entre ‘el que cometa el crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable’ se están acogiendo una teoría diferenciada entre distintas formas de autoría, por más que a efectos de pena todas puedan ser castigadas del mismo modo”, en MUÑOZ CONDE, Francisco, “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, en GIL GIL, Alicia (Dir.) / MACULAN, Elena (Coord.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional: Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 285.

⁷¹³ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 237 y sig.

⁷¹⁴ Respecto de la esfera internacional, la norma del art. 25.3.a) es así apreciada por POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS, (...) el ECPI incorpora una peculiar forma de autoría mediata, donde el instrumento (ejecutor material del crimen) puede que no sea mero instrumento material no punible, sino que puede ser responsable. En ese caso, a pesar de que el ECPI lo incorpore como forma de autoría mediata, es propiamente una forma diversa de intervención delictiva”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Teoría General del Crimen Internacional: una exposición programática de su previsión en el Estatuto de Roma”, op. cit., págs. 115-138, esp. 126-127.

⁷¹⁵ Como lo expresa FARALDO CABANA, “(s)e recogen aquí las tres formas de autoría conocidas en el Ordenamiento español: autoría única, coautoría y autoría mediata. Pero si las primeras apenas precisan de puntualización alguna, sí se produce un cambio fundamental respecto de la autoría mediata, y es que por primera vez se reconoce expresamente la posibilidad de que exista un autor mediato con un ejecutor penalmente responsable. Ello supone la consagración legislativa en el Derecho penal internacional de la propuesta de ROXIN acerca de la autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en FARALDO CABANA, Patricia, “Formas de Autoría y

De la autoría mediata en el Derecho Penal español, y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, tal cual propuesta por ROXIN, se tratará en el próximo apartado.

III. Autoría mediata: ¿aparatos organizados de poder en la esfera empresarial?

Como se ha indicado al final del número anterior, la tesis de ROXIN en cuanto a la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, implica la aplicación de esta institución incluso cuando el ejecutor sea una persona imputable⁷¹⁷. El art. 25, apartado 3, *a*, parte final, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional representa la primera consagración normativa de la tesis del jurista alemán⁷¹⁸, al contemplar la posibilidad de autoría mediata con independencia de que el ejecutor material sea o no penalmente imputable: “3. De conformidad con el presente

Participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su Equivalencia en el Derecho Penal Español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 16, 2005, págs. 29-78, esp. 33.

⁷¹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 272.

⁷¹⁷ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 237 y sig.

⁷¹⁸ FARALDO CABANA, Patricia, “Formas de Autoría y Participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su Equivalencia en el Derecho Penal Español”, op. cit., pág. 33.

Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”⁷¹⁹. La adopción de la teoría de ROXIN es reconocida incluso por la propia Corte Penal Internacional⁷²⁰.

En el Derecho Penal español, con todo, la doctrina no acepta la autoría mediata en esas bases. Tal y como lo expresa POLAINO NAVARRETE, “(l)a autoría mediata consiste, precisamente, en cometer un delito mediante un instrumento, ejecutor, no responsable; y si lo fuera, no estaríamos ante un supuesto de autoría mediata, sino de coautoría (JAKOBS), o de inducción (mandos superiores) y complicidad (mandos intermedios; así, GIMBERNAT, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN) o cooperación necesaria (mandos dirigentes) y complicidad (mandos

⁷¹⁹ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, Roma, 17 de julio de 1998.

⁷²⁰ Según la referencia de VAN SLIEDREGT, “PTCs [Pre-Trial Chambers] at the ICC have embraced Roxin’s theory of *Tatherrschaft* and *Organisation-sherrschaft* in interpreting Article 25(3)(a) of the ICC Statute. It is interesting to see how closely the theory and the scholarship/*Dogmatik* that comes with it, is followed. The PTC in *Lubanga* refers to ‘subjective’ and ‘objective’ approaches in distinguishing between principals and accessories and in *Katanga et al.* the judges are faithful to Roxin’s theory of domination through an Organized Structure of Power (OSP), including the ‘fungibility’ criterion. Both Chambers rely heavily on German and German-influenced scholarship and case law, most prominently on the writings of Roxin himself, in developing the international equivalent of *Tatherrschaft*: ‘control of the crime’”, in VAN SLIEDREGT, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pág. 86.

intermedios; así, HERNÁNDEZ PLASENCIA), pero nunca de autoría mediata, donde el instrumento siempre es carente de responsabilidad. (...) (p)ara resolver este tipo de supuestos de criminalidad organizada no es necesaria la doctrina de autoría mediata en aparatos organizados de poder: si el mando superior es garante, como evidentemente lo es, entonces le compete un deber positivo y responde, pues, como autor (no mediato) de un delito de competencia institucional. En todo caso, la doctrina de la autoría mediata en aparatos de poder se muestra como perturbadora, incorrecta e infructuosa”⁷²¹.

Esta ha sido la posición adoptada también en la *Propuesta de Eurodelitos*, de TIEDEMANN y SCHÜNEMANN, cuyo art. 14 dispone que “(a)l autor le será imputable el comportamiento de un tercero cuando lo haya originado dolosamente y conozca además que éste carece, total o parcialmente, de responsabilidad penal, como consecuencia de un error o por existencia de una causa de justificación, exculpación o atenuación de la culpabilidad que afecte únicamente a él”⁷²².

Incluso en el ámbito de la criminalidad empresarial, la doctrina, en su mayoría, rechaza la aplicación de la tesis de la autoría mediata por aparatos organizados de poder. Tal y como expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(...) en la

⁷²¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 272.

⁷²² Vid. TIEDEMANN, Klaus (Dir.) / Nieto Martín, Adán (Coord.), *Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.

doctrina y jurisprudencia alemana goza de cierto predicamento la tesis elaborada por ROXIN para esta hipótesis del ‘autor atrás del autor’, sobre la base de la construcción de una *autoría mediata* con ‘aparatos organizados de poder’ (...) (p)ese a que la jurisprudencia alemana ha recurrido a esta teoría para ser aplicada en el ámbito de la delincuencia empresarial, el propio ROXIN (así como buena parte de los seguidores de su teoría) se muestra contrario a dicha aplicación (...) En España la doctrina mayoritaria se opone a trasladar la teoría de ROXIN al ámbito de los delitos cometidos en el seno de la empresa”⁷²³.

En el ámbito de la responsabilidad penal en el seno de la empresa, con todo, hay que adicionalmente considerar que la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder exige que *toda* la organización opere al margen del sistema jurídico. Sería el caso una organización criminal, pero no el de la empresa que tenga objeto social y actividades lícitas, en cuyo seno puedan ser cometidos hechos delictivos por defecto de organización. Según lo señalado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(...) como ha demostrado FARALDO (...), el único obstáculo relevante estriba en el argumento de que la autoría mediata con aparatos organizados de poder requiere que el aparato funcione en su globalidad al margen del Ordenamiento jurídico”⁷²⁴. Y añade el jurista que, “(...) semejante argumento se

⁷²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 496.

⁷²⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 496.

erige ciertamente en obstáculo para admitir la autoría mediata por dominio de la organización en los casos en que la empresa comete ocasionalmente algún delito, pero nada se opone a admitirla en los supuestos de empresas cuya finalidad exclusiva o principal es dedicarse a la comisión de delitos”⁷²⁵.

Con respecto también a la *no* aplicación de la teoría del dominio de la organización (ROXIN) a la responsabilidad individual en el seno de la empresa, asevera GÓMEZ-JARA DÍEZ que “(s)on miembros *pertenecientes a la organización* los absolutamente intercambiables; es decir, ellos son las piezas intercambiables de un mecanismo llamado organización. Es la *jerarquía de la organización* la que impone que las órdenes no se discutan y que, por lo tanto, se cumplan. Es el hecho de que *la organización esté desvinculada del Derecho* lo que aísla a los hombres de adelante frente a la influencia de la norma”⁷²⁶.

Sin embargo, aunque la empresa opere totalmente al margen del Ordenamiento jurídico, tampoco cabe hablar, a nuestro juicio, de una autoría mediata con aparatos organizados de poder. Se aplican, en tales casos, las reglas de coautoría, por competencia de organización y dominio funcional del hecho, de inducción y de cooperación necesaria, y no las de autoría mediata, que conceptualmente supone la utilización de un sujeto inimputable como instrumento

⁷²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 497.

⁷²⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico, Parte General y Especial*, op. cit., pág. 125.

para la práctica de hechos delictivos. Por otro lado, si hay dicha instrumentalización, sí se aplica la autoría mediata, incluso en el seno de la empresa. Como también lo expresa MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “(...) ningún obstáculo teórico existirá para apreciar la figura de la autoría mediata (expresamente reconocida ahora en el art. 28, pfo. 1º de nuestro vigente CP), a condición de que el sujeto subordinado que ejecuta materialmente el hecho sea un mero instrumento en manos de los superiores jerárquicos”⁷²⁷.

El propio ROXIN ya ha reconocido la imposibilidad de aplicar la tesis a la esfera empresarial, aunque el Tribunal Supremo alemán ya lo haya sostenido. Como refiere el jurista, “(...) ¿(p)ero se puede de este modo declarar autores mediatos también a los superiores de empresas, si inducen a los empleados de su negocio a cometer delitos? El Tribunal Supremo alemán sostiene esta opinión. Ha afirmado ya en la sentencia sobre el Consejo Nacional de la RDA”⁷²⁸: ‘También el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas se puede solucionar así’, y ha procedido, asimismo, de este modo en una serie de sentencias posteriores”⁷²⁹. Tras esa referencia, el autor expone entonces su propia posición, señalando lo siguiente, “(p)ero aquí no se puede fundamentar una autoría mediata de superiores apoyada en

⁷²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, op. cit., pág. 495.

⁷²⁸ BGHSt 40, pág. 237.

⁷²⁹ ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, op. cit., págs. 247.

las reglas del dominio de organización, que inducen a cometer delitos a los empleados. De las cuatro condiciones del dominio de organización faltan, generalmente, al menos tres: las empresas no trabajan por la regla general desvinculadas del Derecho, en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales. Falta también la intercambiabilidad [*Austauschbarkeit*] de los que están dispuestos a acciones criminales. Y tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa porque, como muestra la realidad, la comisión de delitos económicos y contra el medio ambiente lleva consigo un considerable riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa. Una autoría mediata en virtud del dominio de la organización es, pues, también en la doctrina alemana, rechazada en tales casos de modo absolutamente mayoritario⁷³⁰.

Por otro lado, no concordando con las soluciones mayoritariamente propuestas por la doctrina española, en el sentido de la coautoría entre personas de dirección y de ejecución, ROXIN propone aplicar “(...) la figura jurídica por mí desarrollada de los delitos consistentes en la infracción de un deber [*Pflichtdelikte*] y, con su ayuda, fundamentar una autoría de los cargos directivos, en tanto se les

⁷³⁰ ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, op. cit., págs. 246 y 247.

atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad [*Garantenstellung zur Wahrung der Legalität*] de las acciones de la empresa”⁷³¹.

De lege ferenda, considerando especialmente el Derecho Penal español, ya que no hay una regulación amplia de delitos de infracción de deber en el seno de la empresa, se trata de una propuesta apreciable, pero que podría conducir a la imputación penal a límites incontrolables, sin considerar, además, las características propias de la organización empresarial, en tanto realidad colectiva, con ámbitos de competencia personal delimitados. En efecto, difícilmente un modelo de imputación del hecho a un sujeto aisladamente considerado, a título de la mera infracción de un deber, podría tratar adecuadamente el problema en el seno de una estructura organizativa compleja⁷³².

⁷³¹ ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, op. cit., pág. 248.

⁷³² Es interesante referir la crítica de FEIJOO SÁNCHEZ a dicha concepción, al señalar que “(...) la Ciencia del Derecho Penal debe tomarse en serio la existencia de organizaciones como realidad social y construir una dogmática del delito que permita a la praxis tratarla adecuadamente. El tradicional recurso a la infracción de un deber por parte de una persona aisladamente considerada más la relación causal con un resultado supone un esquema demasiado pobre para resolver este tipo de supuestos del que nos estamos ocupando. (...) es un error dogmático, que representa una ceguera frente a la realidad, querer entender normativamente las conductas de los que trabajan en una empresa en clave individual. No se trata de comportamientos que comunicativamente tengan un mero significado individual, sino que se encuentran en un contexto más amplio que tienen sus propias reglas de funcionamiento”, en FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, op. cit., págs. 5-25, esp. 15.

A continuación, se examinará el problema de la intervención delictiva en el ámbito de los delitos de omisión.

IV. Autoría y participación en la omisión impropia

A) Autoría directa y coautoría

La doctrina española en general mantiene que la *autoría* es la única forma de imputación del hecho delictivo, en comisión por omisión, al titular del deber de garante. Como lo expresa CUELLO CONTRERAS, “(l)a infracción del deber de garante convierte en *autor* a todo aquel que siendo titular del mismo no impide la causación del resultado, sea cual sea su aportación al hecho, incluso el puro omitir”⁷³³. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ explica que la *identidad estructural* entre comisión y omisión se proyecta sobre los *tipos penales de la Parte Especial, sólo realizables por autores*, de modo que la omisión del garante siempre equivale a la realización del tipo penal por su autor⁷³⁴.

⁷³³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 194.

⁷³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 38, 1989, págs. 367-404, esp. 388.

Se trata no sólo de la autoría directa e inmediata, sino también de la *coautoría*⁷³⁵. Conforme a CUELLO CONTRERAS, “(l)os obligados que se ponen de acuerdo para omitir (...) pueden ser tenidos como autores por omisión o como *coautores*, dado que en estos casos, a diferencia del comportamiento activo, la coautoría no aportada a la imputación de cada omitente (no hay necesidad de título de imputación mutua característico de la coautoría en el comportamiento activo”⁷³⁶. Así por ejemplo, puede recordarse el ejemplo del padre y de la madre que conjuntamente se omiten la salvación de su hijo^{737 738}. También es concebible la coautoría de un delito comisivo y un delito omisivo, según señala POLAINO NAVARRETE, quien ofrece el siguiente ejemplo: “un guarda de seguridad de un museo vigila, sin dar la voz de alarma, mientras sus compinches roban un cuadro. Tanto el vigilante como los compinches serán coautores del robo. No puede

⁷³⁵ También es concebible la coautoría imprudente. Algunos autores no la admiten, señalando la exigencia de acuerdo previo. Sin embargo, como subraya POLAINO NAVARRETE, “(e)sa postura es insostenible: si innecesario es el acuerdo previo en la coautoría dolosa, con mayor razón lo es en la imprudente. Pero, a nuestro juicio, sí es imaginable la coautoría imprudente, y el Tribunal Supremo así lo acepta”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 268.

⁷³⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 194.

⁷³⁷ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 194.

⁷³⁸ En el caso de la coautoría imprudente, puede recordarse el ejemplo de los dos peones de obra que lanzan una viga por el andamio, matando al peatón que en ese momento pasaba por allí. Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 268.

considerarse al vigilante que omite dar la voz de alarma como partícipe (cooperador), como considera MIR PUIG, pues su deber institucional le convierte necesariamente en autor”⁷³⁹.

En lo que respecta a este último aspecto, no hay *en principio*, como antes se ha señalado, participación por omisión impropia, ya que el incumplimiento del deber de garantía, como conducta equiparable a la propia acción típica, sólo vincula al omitente garante el título de *autor*⁷⁴⁰. Este elemento de la infracción de un deber confiere una característica peculiar a la coautoría en la comisión por omisión: la apreciación autónoma de la conducta (omisión) de cada uno de los sujetos. Como lo expresa RODRÍGUEZ MESA, “(s)i lo determinante de la autoría (...) no es la infracción del deber sino el dominio del hecho, para la afirmación de coautoría en comisión por omisión es irrelevante el hecho de que la infracción del deber sea indivisible –pues, al igual que ocurre en algunos delitos especiales cada uno de los coautores ha de infringir su propio deber–. Lo realmente importante es que mediante su contribución activa u omisiva codominen positivamente la realización del hecho típico. Para que sea apreciable la coautoría en comisión por omisión es preciso, pues, que la omisión se produzca durante la fase de ejecución del hecho y que mediante la no neutralización del riesgo que el omitente se había comprometido a

⁷³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 269.

⁷⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 38, 1989, pág. 388.

contener se preste una contribución independiente y esencial al hecho que suponga un codominio positivo del hecho típico, adoptada mediante un acuerdo o decisión conjunta en el marco del plan delictivo global, concurriendo también la posición de garante así como las especiales cualidades personales requeridas, en su caso, por el correspondiente tipo penal”⁷⁴¹.

Hay juristas, con todo, que proponen criterios de *valoración* de la importancia de la omisión, a efectos de identificar *grados* de intervención delictiva⁷⁴², con la posibilidad, en determinadas hipótesis, de una participación (cooperación necesaria e incluso complicidad) por omisión impropia. En este sentido, ROBLES PLANAS, tras advertir que “(l)as cuestiones relativas al título de intervención [incluso por omisión] sólo surgen cuando se da una pluralidad de conductas típicas que *coordinadamente* dan lugar a la realización típica”⁷⁴³, señala que, “(...) la decisión sobre la calificación como de ‘autoría’ o de ‘participación’ de

⁷⁴¹ RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Rioja*, núm. 11, 2013, págs. 107-126, esp. 116.

⁷⁴² Conforme a ROBLES PLANAS, “(l)a posición de garante, entendida en su sentido más tradicional, puede infringirse en calidad de autor, en calidad de partícipe o bien su infracción puede no tener trascendencia para la imputación por intervención (aunque sí, eventualmente, para la responsabilidad por la infracción de deberes de solidaridad, como la prevista en el delito de omisión del deber de socorro). Todo ello dependerá de lo que el sujeto llegue a configurar”, en ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 293 y 294.

⁷⁴³ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, op. cit., pág. 17.

una conducta omisiva dependerá –como en la comisión activa– del valor del injusto de la omisión para el conjunto del injusto del hecho”⁷⁴⁴, concepción también defendida, bajo parámetros semejantes, por LASCURAÍN SÁNCHEZ⁷⁴⁵ y AGUSTINA SANLLEHÍ⁷⁴⁶. Esa cuestión será examinada en el próximo ítem.

B) ¿Participación por omisión impropia?

Como principio, resultaría de todo lo expuesto en el apartado anterior la inexistencia de formas de participación (accesoria) en el ámbito de la comisión por omisión, sino sólo de autoría, directa o compartida.

Debe recordarse, con todo, la situación en que la omisión del titular de los deberes de garantía *no es normativamente equiparable* a la acción típica, pero tiene alguna relevancia causal, en el sentido de incrementar el riesgo del resultado típico,

⁷⁴⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, op. cit., pág. 18.

⁷⁴⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, en NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 272-303, esp. 302 y 303.

⁷⁴⁶ “La participación omisiva del garante puede fundamentarse en distintos criterios objetivo-materiales. Así, los criterios materiales delimitadores entre una imputación penal a título de autor (...) y una imputación a título de cómplice deben fundamentarse en el propio significado valorativo de la omisión”, en AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *El Delito en la Empresa: Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, op. cit., pág. 188.

como algo normativamente equiparable a una participación. En este caso, sobre la base de la equivalencia de la omisión del garante al tipo del partícipe⁷⁴⁷, sí sería posible hablar, a juicio de algunos juristas⁷⁴⁸, de *participación por omisión impropia*, aplicándose en este caso no la fórmula de la causalidad hipotética, sino la del *incremento del riesgo*⁷⁴⁹.

A nuestro juicio, no parece que éste (incremento del riesgo) sea un criterio aceptable. En otro capítulo de esta investigación⁷⁵⁰, ya rechazamos la aplicación de la fórmula del incremento del riesgo como fundamento de responsabilidad penal en el marco de la comisión por omisión del órgano directivo de la empresa. O bien la omisión del empresario garante es normativamente equiparable a la acción típica, lo cual conduce a su responsabilidad como autor a título de omisión impropia, o bien no existe dicha equiparación, y en este caso no hay responsabilidad *por el resultado típico*, aunque la omisión pueda configurar la infracción sólo de un deber general

⁷⁴⁷ Según señala SILVIA SÁNCHEZ, en la hipótesis expuesta, “(...) la identidad estructural no se establece con la realización activa de un tipo de la Parte Especial, sino con el tipo del partícipe (...)”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, op. cit., pág. 389.

⁷⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, op. cit., pág. 389.

⁷⁴⁹ Conforme a LUZÓN PEÑA, “(...) existirá participación omisiva cuando dicha omisión favorezca o facilite la comisión del hecho, aumentando el riesgo, pero sin que el sujeto tenga posibilidad de decisión, control o dominio sobre la producción del riesgo”, en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, en *Poder Judicial*, núm. 2, 1986, págs. 73-92.

⁷⁵⁰ Vid. *supra* Cap. VII.

(omisión propia). Dicha equivalencia normativa sólo existe si la acción esperada del garante hubiera seguramente evitado el resultado. La fórmula del incremento del riesgo, resulta demasiado vaga a efectos de establecer grados de responsabilidad penal del omitente garante⁷⁵¹, en cualquier ámbito, incluso en el empresarial.

Sin embargo, ello no quiere decir que no haya ninguna forma de participación en la omisión impropia. Lo que aquí se rechaza es sólo la aplicación del criterio del incremento del riesgo a efectos de establecer una forma de intervención delictiva del garante, a título de omisión impropia, diversa de la autoría. Como expone con buen criterio RODRÍGUEZ MESA, “(s)on supuestos en los que, a pesar de que se produce la vulneración del compromiso del garante que permite afirmar la identidad estructural entre la comisión y la omisión, aquél –en contra de la regla general– no responde como autor sino como partícipe”⁷⁵².

Bajo el mismo orden de ideas, cabe señalar que las hipótesis posibles son las siguientes: (i) el rol especial del garante supone el deber de controlar el riesgo desaprobado de que un sujeto intervenga *como partícipe* en el hecho ajeno,

⁷⁵¹ Conforme a RODRÍGUEZ MESA, “(...) la identidad necesaria para aplicar al delito en comisión por omisión la misma pena que al delito comisivo activo (...) va referida al autor, por lo que difícilmente podrá graduarse su responsabilidad en función de cual haya sido su contribución al hecho”, en RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, op. cit., pág. 121.

⁷⁵² RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, op. cit., pág. 122.

configurándose la participación por omisión impropia cuando incumpla dicho deber; (ii) el garante *no tiene acceso a la autoría* del tipo penal especial y propio, existiendo participación por omisión impropia del garante cuando haya la práctica, por el sujeto especial, de dicho delito⁷⁵³; (iii) el empresario administrador responde sólo como partícipe si tolera la comisión de un delito a favor de la empresa con relación a un ámbito en que la sociedad no es garante⁷⁵⁴. De los dos primeros supuestos se tratará en los próximos apartados; del último, por decir respecto a la esfera empresarial, se tratará en el próximo número⁷⁵⁵.

Otro supuesto, que aquí no se detalla por no corresponder a la posición mayoritaria de la doctrina, es el título de *partícipe* que GIMBERNAT ORDEIG atribuye al garante cuando no evite la comisión del hecho *por un tercero* o en virtud de *accidentes de la naturaleza*⁷⁵⁶. Según la lógica adoptada por el jurista español⁷⁵⁷, la

⁷⁵³ RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, op. cit., págs. 122 a 124.

⁷⁵⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, en NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 272-303, esp. 302.

⁷⁵⁵ Vid. *infra* núm. V.

⁷⁵⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. L, enero 1997, pág. 76.

⁷⁵⁷ La misma concepción es adoptada por ROBLES PLANAS, quien señala que “(...) si el agresor es un sujeto autorresponsable, la calificación de la conducta omisiva debe ser de participación, en la medida en que el omitente no ostenta la configuración relevante del injusto del hecho, sino tan sólo de un fragmento del mismo”, en ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles

intervención activa del tercero o el accidente rechaza la idea de que la omisión del garante habría *creado* el riesgo al bien jurídico protegido⁷⁵⁸, inviabilizando así una autoría en comisión por omisión⁷⁵⁹.

De todos los supuestos de participación por omisión impropia está excluida la inducción, que supone una intervención sólo activa del partícipe⁷⁶⁰. Se trata, por lo tanto, de hipótesis de *cooperación necesaria* y de *complicidad* –algunas, como la descrita *supra* en (ii) –el garante *no tiene acceso a la autoría* del tipo penal especial y propio, existiendo participación por omisión impropia del garante cuando haya la práctica, por el sujeto especial, de dicho delito–, sólo de cooperación necesaria.

Más allá de los criterios señalados, y como ya se ha adelantado en el ítem anterior⁷⁶¹, algunos autores proponen criterios más generales –y, a nuestro juicio, del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, op. cit., pág. 20.

⁷⁵⁸ Como lo expresa ROBLES PLANAS, “(a)quí el origen del peligro es un tercero ‘configurador’, de modo que el deber de evitación es menos reprochable que el del que tiene el poder de configuración relevante del hecho”, en ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, op. cit., pág. 20.

⁷⁵⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en *Recensión* a la obra “Delitos Impropios de Omisión, de Enrique BACIGALUPO ZAPATER, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, pág. 726.

⁷⁶⁰ RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, op. cit., págs. 118 y 119.

⁷⁶¹ Vid. *supra* núm. IV, apartado A).

más vagos– de valoración de la omisión del garante a efectos de atribuirle el título de intervención –autoría o participación– adecuado. Tal y como expone ROBLES PLANAS, “(p)or regla general habrá participación por omisión en un delito comisivo cuando se trate de evitar que *de un ámbito de organización surjan peligros que faciliten o favorezcan la conducta delictiva de terceros*. En la medida en que estemos ante peligros surgidos del propio ámbito de organización que sólo llegan a traducirse en un delito por la actividad de un tercero autorresponsable, será este último quien habrá configurado en mayor medida el injusto del hecho. Quien sólo ha omitido la gestión adecuada de, por ejemplo, la cesión de determinados objetos peligrosos, la instalación de determinadas medidas de seguridad, o el mantenimiento de determinadas medidas de control o precaución cuyo sentido es evitar la actividad delictiva de un tercero, su conducta merecerá la calificación de participación (dolosa o imprudente si se admite) por omisión. Así, el vigilante nocturno que no cierra la puerta de la empresa que debe custodiar es cómplice del robo si los ladrones aprovechan la ocasión para llevarse la recaudación. Su aportación podría valorarse como cooperación necesaria –e incluso como coautoría– en caso de que lo omitido fuera cerrar la caja fuerte. Del mismo modo, el técnico encargado de disponer o mantener la seguridad de un edificio, responderá como partícipe de un delito de homicidio de quien dolosamente ha causado un incendio, si omite instalar o revisar los correspondientes mecanismos antiincendios”⁷⁶².

⁷⁶² ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, op. cit., pág. 19.

No nos parece adecuada, en el ámbito de la omisión impropia, tal valoración *concreta* del grado de importancia de la intervención delictiva del omitente. Debe considerarse, en este contexto, la existencia o no de *deberes especiales de garantía* asignados al sujeto. No cabe duda de que el rol especial de un vigilante es restricto y limitado, en correspondencia con la naturaleza de su función. Pero si se considera, en un determinado y restricto círculo de competencia personal, que hay deberes especiales de garantía, se establece una identidad estructural de la omisión con el tipo de injusto comisivo. Dicha identidad estructural se hace entre la omisión del garante y *la acción* del tipo de injusto. Así pues, la responsabilidad penal del omitente garante sólo puede ser a título de *autoría*, ya que el incumplimiento de su deber de garantía –que hubiera evitado el resultado– es normativamente equivalente a la *acción* del autor del tipo de injusto. O bien hay deberes especiales de garantía, y en este caso el omitente es responsable *como autor* (clausula de correspondencia con la acción del tipo de injusto comisivo), o no hay dichos deberes, y el omitente no es penalmente responsable *por el tipo de injusto comisivo*.

De lege ferenda se puede apreciar una atenuación de responsabilidad en el caso de una *aproximación* normativa en cuanto a la identidad entre acción y omisión, en vez de una equivalencia perfecta –esta solución se aplica en el Derecho Penal alemán⁷⁶³; pero si no existe dicha previsión (como no existe en el Derecho

⁷⁶³ Vid. el § 13, apartado 2, del StGB.

Penal español), hay que respetar la lógica esencial de la comisión por omisión (*clausula de correspondencia o de identidad estructural entre acción y omisión*).

En este sentido, sólo cuando la identidad estructural se establezca entre la omisión del garante y un tipo de injusto de *partícipe*, o cuando intervenga alguna circunstancia especial que impida la configuración de la autoría, es que cabe hablar de participación en omisión impropia. Son esos supuestos que se examinarán a continuación.

1) Omisión de evitar que otro intervenga como partícipe

En lo que respecta al supuesto (i) referido en el ítem anterior –el rol especial del garante supone el deber de controlar el riesgo desaprobado de que un sujeto intervenga *como partícipe* en el hecho ajeno, configurándose la participación por omisión impropia cuando incumpla dicho deber–, la responsabilidad penal del garante está delimitada por el contenido de su deber especial, y si dicho deber no dice respecto a impedir la comisión directa del hecho típico, sino sólo a evitar que otro pueda contribuir como partícipe para la práctica delictiva, sólo es posible encontrar una situación de *participación –y no de autoría– por omisión impropia* del garante. Como lo expresa RODRÍGUEZ MESA, “(d)ado que en los delitos de comisión por omisión del dominio o control del suceso se expresa a través del compromiso del garante, éste solo podrá responder como autor cuando su compromiso vaya referido

a la contención del riesgo principal, del riesgo que se realiza en el resultado. Cuando, por el contrario, su compromiso se refiera a la neutralización de un riesgo que solo de modo indirecto o mediato se realiza en el resultado, responderá como partícipe⁷⁶⁴.

En este supuesto sí cabe hablar de una equivalencia de la omisión del garante al tipo del partícipe, en el sentido expresado por SILVA SÁNCHEZ⁷⁶⁵. No se trata, con todo, de la adopción de una fórmula de incremento del riesgo⁷⁶⁶, sino de la equivalencia estructural entre la omisión del garante y la conducta activa accesoria del partícipe que ha de alguna manera cooperado para la realización del resultado típico.

Así, por ejemplo, si el empresario garante que tiene deberes especiales de vigilancia y control sobre la actividad del empleado no impide, pudiendo hacerlo, que éste sea cómplice de un delito de defraudación ejecutado por tercera persona (ajena a la esfera de la sociedad), no responde como autor sino como partícipe (cómplice) de la infracción, ya que la omisión de cumplimiento del deber especial

⁷⁶⁴ RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, op. cit., pág. 122.

⁷⁶⁵ Según señala SILVIA SÁNCHEZ, en la hipótesis expuesta, “(...) la identidad estructural no se establece con la realización activa de un tipo de la Parte Especial, sino con el tipo del partícipe (...)”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, op. cit., pág. 389.

⁷⁶⁶ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, en *Poder Judicial*, núm. 2, 1986, págs. 73-92.

tiene equivalencia normativa al tipo de participación accesorio (complicidad) prestada por el empleado.

2) Delito especial propio

El titular de deberes de garantía no responde *como autor* del delito que él no podría ejecutar activamente, por faltarle el elemento especial exigido en el tipo penal propio. Conforme a RODRÍGUEZ MESA, “(...) aunque el garante ostente en virtud del compromiso asumido el control del suceso típico, si no posee las características especiales exigidas por el tipo no puede responder como autor”⁷⁶⁷. Por otro lado, tampoco cabe aceptar autoría del garante con relación a tipos penales que no admitan la comisión por omisión⁷⁶⁸.

Así pues, el garante que no evita la comisión del delito especial propio responde no como autor, sino como partícipe. La doctrina española mayoritaria, en efecto, no encuentra dificultades dogmáticas en admitir, en el supuesto aquí

⁷⁶⁷ RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, op. cit., pág. 123.

⁷⁶⁸ RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, op. cit., págs. 123 y 124.

examinado, una forma de participación por omisión (impropia) en un delito comisivo.

De todas maneras, de lo que se trata en ese supuesto es de *cooperación necesaria* (art. 28, *b*, del CP) *por omisión* (art. 11 del CP), una forma de intervención delictiva legalmente equiparada a la autoría⁷⁶⁹, aunque no lo sea en términos conceptuales. Tal y como expone RODRÍGUEZ MESA, “(...) al existir un nivel de control del suceso típico equivalente o muy cercano al de la autoría se puede decir que mediante su omisión el garante contribuye a la realización del tipo con una condición esencial, por lo que la calificación correcta en todos estos supuestos en los que lo único que falta es el acceso inmediato al tipo –pero no el control del suceso– es la de cooperación necesaria por omisión”⁷⁷⁰.

Puede observarse que los supuestos de participación en omisión impropia aquí admitidos no se basan en una valoración del grado de importancia concreta de la omisión⁷⁷¹, sino en *situaciones objetivas*, de equivalencia estructural entre la omisión del garante y la intervención delictiva de un sujeto (partícipe) en el tipo de

⁷⁶⁹ Vid. el Artículo 28, *b*, del Código Penal español.

⁷⁷⁰ RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, op. cit., pág. 124.

⁷⁷¹ Como sostiene ROBLES PLANAS, en ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, op. cit., págs. 18 y 19.

injusto comisivo, o de imposibilidad jurídica de conformación de autoría (por tratarse de un tipo especial propio) en lo que respecta al omitente garante.

C) ¿Autoría mediata en la omisión impropia?

No se admite la autoría mediata en el marco de la omisión impropia. En efecto, tal y como señala CUELLO CONTRERAS, “(...) la instrumentalización característica de la autoría mediata es incompatible con la autoría por omisión”⁷⁷².

La problemática de la autoría mediata en el marco de la omisión impropia se ha planteado normalmente para el tratamiento de la cuestión de la responsabilidad penal del sujeto por no evitar la comisión del delito. En esta hipótesis, sin embargo, lo que hay que identificar es la asunción específica o no, por el sujeto, de un ámbito de competencia personal (rol especial) que le asigne un deber especial de evitar el resultado lesivo. Ninguna persona es responsable sólo ante la posibilidad de impedir la comisión de delitos, sino en virtud de la expectativa normativa especial de que actúe en aras a evitar el resultado lesivo. Si hay dicha asunción, el omitente responde como autor *directo* en comisión por omisión, no aceptando, en este caso, autoría mediata, aunque el ejecutor no sea imputable; o, en su caso, como cooperador necesario o cómplice, si hay elementos especiales propios de autor exigidos por el

⁷⁷² CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 194.

tipo penal. Con respecto a esta última hipótesis, según CUELLO CONTRERAS, “(...) sólo cuando el tipo en cuestión presenta elementos especiales de la autoría (agresión sexual, p. ej.: delito de propia mano) que el omitente no posee en su persona, será relevante su responsabilidad, posible, por *participación*, preferentemente complicidad (psíquica), incluida la cooperación necesaria”⁷⁷³. Y ofrece el siguiente ejemplo: “(l)a madre no hace nada por impedir los abusos sexuales del padre sobre la hija de ambos, de corta edad”⁷⁷⁴. En esta situación, la madre es garante porque específicamente se le asigna, en virtud de la ley y de su dominio concreto, un deber especial de protección de su hija; pero como se trata de un delito de propia mano, la imputación por omisión impropia se realiza no a título de autoría, sino de participación (cooperación necesaria o complicidad).

En uno y otro supuesto, no cabe hablar de autoría mediata, sino de autoría directa e inmediata o de participación. Como subraya RODRÍGUEZ MESA, “(...) el no impedir, por el garante, que un tercero cometa un delito será constitutivo de autoría –en todo caso inmediata– cuando el sujeto se haya comprometido a evitar el riesgo que de la actuación de un tercero pueda derivarse para el bien jurídico en cuestión. Cuando, por ejemplo, el omitente no se haya comprometido –o su compromiso no vaya referido a las actuaciones de terceros– su intervención, al faltar el dominio

⁷⁷³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 194.

⁷⁷⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 194.

sobre el hecho principal lesivo, podrá ser constitutiva de participación, pero en modo alguno de autoría, ni inmediata ni mediata⁷⁷⁵.

Con todo, cumple advertir que, si no hay la asunción específica de un rol, el sujeto no responde por el resultado, ni a título de autoría ni de participación, pudiendo subsistir eventualmente la imputación por omisión propia, por incumplimiento del deber general de solidaridad mínima. La participación omisiva sólo existirá en los casos de (i) equivalencia normativa de la omisión del garante a la actuación de un partícipe⁷⁷⁶ y de un (ii) delito especial propio en que el garante omitente no reúna los elementos especiales exigidos por el tipo⁷⁷⁷.

**V. Delimitación de la responsabilidad por omisión
del órgano directivo de la empresa,
desde el punto de vista objetivo**

⁷⁷⁵ RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, op. cit., pág. 118.

⁷⁷⁶ Vid. *supra* núm. IV, apartado B), ítem 1).

⁷⁷⁷ Vid. *supra* núm. IV, apartado B), ítem 2).

En el nú anterior⁷⁷⁸, se ha examinado el problema general de la intervención delictiva en el marco de la comisión por omisión. En este contexto, se ha indicado que, según la posición dominante en la doctrina española, (i) en principio, la equiparación normativa entre la omisión del garante y la acción prevista en el tipo de injusto comisivo genera la responsabilidad penal del omitente como *autor*, ya que se trata de un delito de infracción de deber, (ii) habiendo supuestos especiales, con todo, de *participación (cooperación necesaria, complicidad)* por omisión impropia del garante.

Ya en el presente apartado, corresponde examinar el mismo problema en el contexto de la responsabilidad penal a título de omisión impropia de los diversos órganos y sujetos de la empresa, en especial su administrador.

A) Autoría y participación de los diversos órganos de la empresa

En la organización empresarial, no sólo el administrador, sino también diversos otros órganos y sujetos en la estructura jerárquica pueden asumir deberes especiales de garantía. La delimitación de esferas especiales de competencia personal, por lo tanto, son esenciales a efectos de identificar las expectativas

⁷⁷⁸ Vid. *supra* núm. IV, apartado B).

normativas asociadas a los diversos sujetos integrantes de la organización. En el vértice de la estructura compleja de la empresa se encuentra el órgano directivo, titular último de deberes de garantía, delegables en su dimensión primaria⁷⁷⁹.

En el contexto descrito, interesa especialmente identificar los grados de intervención delictiva de los órganos más importantes, sobre todo en cuanto a la omisión penalmente relevante por incumplimiento de los deberes especiales –y, por tanto, de las expectativas normativas especiales– asociados a cada uno de ellos (*comisión por omisión*). Se trata de apreciar cuál el título de responsabilidad –autoría, cooperación necesaria, complicidad– asociable a la conducta omisiva de los diversos órganos, en su función protectora directa de los bienes jurídicos y controladora de las fuentes de riesgos relacionadas a su ámbito de organización.

Como referenciales de apreciación de la relevancia penal y del título de intervención delictiva propio de cada órgano de la empresa, es importante referirse a la posición de AGUSTINA SANLLEHÍ, quien señala que “(l)a participación omisiva del garante puede fundamentarse en distintos criterios objetivo-materiales. Así, los criterios materiales delimitadores entre una imputación penal a título de autor (...) y una imputación a título de cómplice deben fundamentarse en el propio significado valorativo de la omisión”⁷⁸⁰. Debe advertirse que delimitación de la responsabilidad penal de cada órgano a título de omisión impropia sólo es admisible según

⁷⁷⁹ Sobre la delegación de los deberes de garante, vid. *infra* Cap. VIII.

⁷⁸⁰ AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *El Delito en la Empresa: Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, op. cit., pág. 188.

parámetros normativos de naturaleza objetiva, no siendo aceptable una mera valoración subjetiva de la gravedad concreta de la conducta⁷⁸¹. Por otro lado, elementos específicos del ámbito empresarial, así como las delimitaciones legales, estatutarias y contractuales de competencias, se revelan esenciales en el análisis del título de imputación.

Algunos criterios han sido así identificados por SANLLEHÍ, al exponer que “(e)n este sentido, la inacción del garante (1) puede reportarle indirectamente un *beneficio* personal o corporativo—siendo cómplice por su participación accesoria en el beneficio derivado del delito—, (2) puede reflejar cierta *indiferencia –indiferencia inexcusable* rayana en el dolo eventual—, (3) una actitud de tolerancia hacia el delito —actitud que entrañaría *cooperación necesaria* por la cesión de espacio o instrumentos para el delito—, o simplemente (4) la omisión puede deberse a una actitud de *miedo a complicarse la vida*— casos de acoso en el lugar de trabajo, por ejemplo (...)”⁷⁸². De todos estos criterios, no nos parecen adecuados el (2) y el (4), por reflejar un estado subjetivo irrelevante para la imputación *objetiva* del resultado del tipo de injusto comisivo. De todas maneras, el (2) puede ser entendido como una

⁷⁸¹ *En contra*: ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, op. cit., págs. 18 y 19. ID. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, op. cit., págs. 272-303, esp. 302 y 303. ID. AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *El Delito en la Empresa: Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, op. cit., pág. 188.

⁷⁸² AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *El Delito en la Empresa: Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, op. cit., págs. 188 y 189.

situación objetiva de permisividad de prácticas desviadas en el ámbito de organización de la persona, a punto de *reflejar* un sentimiento de indiferencia que, con todo, sólo será apreciado en el posterior examen de la imputación subjetiva. Finalmente, el (4) puede constituir un factor de evaluación en el ámbito del juicio de culpabilidad, pero no de imputación objetiva.

Desde la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, el art. 31 *bis*.2 del Código Penal español ha establecido una importante *delimitación de responsabilidades administrativas*, en el seno de la empresa, entre el *órgano de administración* y el *órgano autónomo* (el *compliance officer*), en lo que respecta a la implantación, confiada al primero, y a la supervisión, confiada al último, de mecanismos de vigilancia y control, en el contexto normativo de la responsabilidad penal de la persona jurídica⁷⁸³. Pero ello no es suficiente para fijar de forma clara todas las esferas de competencia personal, ya que se trata de deberes específicos con respecto sólo a la adopción y manutención de eficaces programas de *compliance*, a efectos de apreciar la posible aplicación de una exención de responsabilidad *a favor de la persona jurídica*. Más allá de esta referencia legal, debe considerarse la naturaleza de las funciones y la delimitación legal, estatutaria y contractual de cada una de

⁷⁸³ Conforme a MONTANER FERNÁNDEZ, “(...) (d)esde la perspectiva de la responsabilidad penal individual, hay que tener en cuenta que el sistema de cumplimiento implantado en una empresa sirve, según la doctrina, como ‘fuente fundamental de normas de cuidado, en cuanto que concreta los niveles de diligencia dentro de la empresa’”, en MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, op. cit., págs. 733-782, esp. 772.

ellas, en aras a identificar el título adecuado de intervención delictiva, una vez que se haya antes establecido la imputación penal en comisión por omisión.

En el contexto de la delimitación de los títulos de responsabilidad penal en la empresa, cumple distinguir cuatro ámbitos fundamentales: (i) el *órgano directivo* o *órganos directivos*, que incluyen el administrador y, en su caso, el Consejo de Administración; (ii) los *órganos ejecutivos*, que pueden actuar esencialmente por delegación; (iii) los *órganos asesores*, que actúan conjuntamente en el marco técnico de las decisiones de administradores y ejecutores; (iv) los *órganos de cumplimiento*, que también pueden actuar por delegación⁷⁸⁴.

Del *órgano directivo* se trata con más detalles en el próximo apartado⁷⁸⁵.

En cuanto a los *órganos ejecutivos*, “(...) responderán como autores por un delito no evitado en la medida en la que se trate de un ámbito de garantía cuyo control se les haya delegado”⁷⁸⁶, según expresa LASCURAÍN SÁNCHEZ, añadiendo que “(...) no responderán penalmente ni como autores ni como partícipes por la falta de evitación de otro tipo de delitos”⁷⁸⁷. No hay en este particular ninguna dificultad

⁷⁸⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, op. cit., págs. 272-303, esp. 302 y 303.

⁷⁸⁵ Vid. *infra* núm. 2).

⁷⁸⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, op. cit., págs. 272-303, esp. 302.

⁷⁸⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, op. cit., págs. 272-303, esp. 302.

dogmática, aplicándose las nociones básicas relacionadas a la institución de la delegación⁷⁸⁸, por un lado, y a la identidad estructural entre la omisión del garante y la acción del tipo de injusto en cuestión⁷⁸⁹, por otro, que conforman la responsabilidad penal del omitente como *autor directo*.

Respecto de los *órganos asesores*, también conforme a LASCURAÍN SÁNCHEZ, “(...) sólo responden como partícipes en los delitos de los administradores o de los ejecutivos si sobrepasan el riesgo permitido (si su asesoramiento no es ‘neutro’). Se discute si tal cosa depende de criterios subjetivos (el asesor sabe seguro de la utilización delictiva de su asesoramiento), objetivos (el consejo se adapta a un plan delictivo) o mixtos, como sostiene el Tribunal Supremo”⁷⁹⁰.

Antes de examinar los eventuales conocimientos especiales del asesor, cumple identificar si objetivamente él ha incumplido un deber especial de garantía, integrante de su rol especial, es decir, del conjunto de expectativas normativas relacionadas a la función de asesoría. Sólo en la órbita del riesgo desaprobado se puede colegir una conducta desviada del asesor, si emite un consejo técnico “no neutro” que sirva a un plan delictivo. En el tipo comisivo, los asesores pueden

⁷⁸⁸ Vid. *infra* Cap. VIII, núm. II, apartado B).

⁷⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, op. cit., pág. 388.

⁷⁹⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, op. cit., págs. 302 y 303.

responder, cuando su actividad transite para el ámbito del riesgo desaprobado, como partícipes, a título de cooperación necesaria o complicidad.

Por otro lado, si el asesor incumple sus deberes de garantía al no ofrecer el necesario consejo técnico, que hubiera impedido el resultado, responde como autor del delito, a título de comisión por omisión. Se trata, con todo, de una hipótesis problemática, ya que la actividad por naturaleza secundaria del asesor difícilmente tendrá aptitud para *impedir* la comisión de un delito (puede ser que lo hubiera dificultado, pero ello, a nuestro juicio, no es criterio suficiente para fundamentar la responsabilidad penal a título de omisión impropia). De todas maneras, dicha hipótesis sí es posible, y si hay en concreto, por la importancia del asesor en la empresa, la identidad estructural entre su omisión (del cumplimiento de su deber especial) y el resultado típico, la responsabilidad penal del omitente es como autor (exceptuados los supuestos especiales de participación en omisión impropia⁷⁹¹).

Finalmente, en palabras LASCURAÍN SÁNCHEZ, “(l)os órganos de cumplimiento podrán responder como partícipes omisivos si deciden no investigar o informar de un delito que se está cometiendo o se va a cometer. Podrían también tener responsabilidades a título de autor si el empresario ha delegado en ellos su

⁷⁹¹ Vid. *supra* núm. IV, apartado B), 1) y 2).

deber remanente de supervisión o una función de detección de riesgos, propia de su deber originario de garantía”⁷⁹².

Esa posición de LASCURAÍN debe ser apreciada con atención. Ante todo, (a) sólo la posibilidad de evitar el resultado no le hace responsable al órgano de cumplimiento, si no hay -en la situación concreta- la necesaria pertinencia de la actividad a su ámbito de organización (rol especial). Además, (ii) es necesario que la actuación del órgano de cumplimiento hubiera seguramente impedido el resultado, no bastando el mero incremento del riesgo. Si presentes esos requisitos, la responsabilidad penal por omisión del órgano de cumplimiento no es a título de partícipe, como sostiene LASCURAÍN, sino de autor, a nuestro juicio. Se espera del órgano de cumplimiento que investigue o informe (acciones esperadas) de un delito que se va a cometer, para evitar la comisión del hecho. Y si el cumplimiento de las acciones esperadas (rol especial) hubiera seguramente evitado el resultado, la responsabilidad del garante, en su ámbito de organización, es como autor, y no como partícipe.

Se excepcionan los supuestos de tipos especiales propios (en que el órgano de cumplimiento no reúna los elementos exigidos por el tipo de injusto) y de mera participación (cooperación necesaria, complicidad) del sujeto que al garante le competía vigilar.

⁷⁹² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, op. cit., pág. 303.

Con respecto a la excepción del tipo especial propio, el TS ya ha reconocido la responsabilidad penal del órgano de cumplimiento, por omisión, *como cooperador necesario*, es decir, como *partícipe*, aunque equiparado a autor, del delito (especial propio) del art. 316 del CP español. En efecto, según lo señalado en la STS 1654/2001, “(e)l artículo 316 del vigente CP presenta algunas diferencias de redacción con la que tenía en el Código precedente (art. 348 bis, a) en el que, junto al verbo facilitar se incluía la omisión de ‘exigir’ las condiciones de seguridad. El tipo penal que incorpora el actual art. 316 del CP es un delito de omisión -de las medidas de seguridad e higiene adecuadas-, pero al que se añade la exigencia de que, en conexión causal, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. *Esa omisión debe ser -en expresa remisión a la normativa laboral- de normas de prevención de riesgos laborales y solo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas* [delito especial propio]. Sin embargo la mera redacción no se interpreta inadecuadamente como excluyendo de obligación legal a quien, por sus funciones de arquitecto técnico, ha de estar a pie de obra y obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, porque, *aunque no empresario, solo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario, de tal modo que la omisión del actual recurrente constituyó una cooperación necesaria a la comisión del delito* y, por ello, ha de entenderse sin lugar a dudas como autor también del mismo delito, toda vez que, además concurren todos los elementos del tipo: 1º) infracción por su parte de normas

de prevención de riesgos, 2º) omisión de facilitar medios necesarios para el desempeño del trabajo, 3º) en condiciones de seguridad adecuadas, que en este caso lo eran y estaban exigidas por las normas reguladoras de esa protección frente a riesgos laborales, y 4º) efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores, que, en el presente caso tuvo el infortunado colofón de actualizarse con el fallecimiento de uno de los que en las obras trabajaba”⁷⁹³.

Así pues, el TS ha delimitado la responsabilidad penal del cooperador técnico como *cooperador necesario*, y no como autor directo, en virtud de la no existencia en él, de las condiciones especiales de autor exigidas por el tipo penal del art. 316 del CP. En el caso de un delito común, a nuestro juicio, habría que reconocerse la responsabilidad del órgano técnico como autor (directo), y no como partícipe (legalmente equiparado a autor).

En la doctrina, con todo, hay juristas que no aceptan la existencia de deberes de garantía del órgano de cumplimiento, al cual sólo se asignaría un encargo de la ejecución de una función concreta. En este supuesto, argumentan algunos autores, los deberes primarios de garantía persisten concentrados en el administrador. Como expone MONTANER FERNÁNDEZ, “(...) el *compliance officer* ni asume una posición de garantía de vigilancia derivada del ámbito competencial del empresario, ni se convierte, por tanto, en el principal responsable de la evitación de los riesgos

⁷⁹³ TS, Sala 2ª de lo Penal, STS 1654/2001, 26.IX.2001. Ponente: MARTÍN CANIVELL, Joaquim.

penales para terceros que puedan derivarse de la actividad empresarial. Su función es, más bien, la supervisión del sistema de cumplimiento implantado en la empresa. El *compliance officer* se ocupa de vigilar si los trabajadores cumplen con las reglas internas de la empresa establecidas para, a su vez, asegurar la conformidad con las normas (jurídicas o no)”⁷⁹⁴.

A nuestro juicio, en lo que respecta a la *supervisión*, el órgano de cumplimiento sí asume deberes de garantía, cuyo incumplimiento puede generar su responsabilidad a título de omisión impropia, como autor⁷⁹⁵. Lo importante, en este contexto, es identificar los límites del deber garante del *compliance officer*, que son sin duda limitados, pues, sobre todo ante el régimen disciplinado en el art. 31 *bis*.2, 2ª, del Código Penal español, ya no se puede reservar a dicho órgano la mera condición de un “encargado” de la ejecución de una función.

B) Autoría y participación del órgano directivo de la empresa

⁷⁹⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, págs. 733-782, esp. 760.

⁷⁹⁵ Para un estudio detallado del título de intervención (autoría o participación) del *compliance officer*, vid. BERMEJO, Mateo G. / PALERMO, Omar, “La intervención delictiva del *compliance officer*”, en MONTIEL, Juan Pablo / KUHLEN, Lothar / URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 171-206.

El órgano directivo puede ser constituido por un solo administrador o por un conjunto de sujetos. En efecto, es posible que la decisión de la práctica de la conducta delictiva parta de un consejo de administración o, por otro lado, que los deberes de garantía le incumban a un cuerpo de administradores, colectivamente considerado. Según LASCURAÍN SÁNCHEZ, “(s)i se trata de una decisión colectiva de los administradores, sólo cometen el delito correspondiente quienes la hayan adoptado con su voto. Quienes no voten a favor pero no impidan el delito podrán responder como autores o como partícipes si se trata de uno de los delitos respecto a los que tienen un deber de garantía, y como partícipes, si se trata de un delito imputable a la persona jurídica”⁷⁹⁶.

No nos parece enteramente adecuada esta apreciación. En lo que respecta a la decisión colectiva, estamos de acuerdo que, como principio, solo respondan quienes la hayan adoptado con su voto. Esa parece ser la solución apropiada en cuanto a los delitos comisivos. Por otra parte, los que no impidan el delito afecto a su competencia de organización responden, en principio, como *autores* en comisión por omisión, incluso cuando se trate de un delito imputable a la persona jurídica. Las únicas excepciones, como hipótesis de *participación en omisión impropia*, son los supuestos en que (i) el ejecutor del hecho actúe él mismo como partícipe o (ii) el

⁷⁹⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, op. cit., págs. 302 y 303.

tipo penal comisivo exija condiciones especiales no encontradas en el administrador omitente⁷⁹⁷.

Así pues, se aplican los criterios generales de identificación y delimitación de la responsabilidad omisiva del administrador de la empresa: (i) existencia de deberes especiales de garantía en virtud de competencia de organización⁷⁹⁸, dentro del *rol específicamente asumido* y las correlacionadas expectativas normativas especiales asignadas al garante⁷⁹⁹; (ii) existencia del deber de control y vigilancia de los *riesgos desaprobados (no permitidos)* afectos al ámbito de competencia personal del administrador garante⁸⁰⁰; (iii) existencia concreta del dominio material y personal de las fuentes de riesgo relacionadas al ámbito de competencia personal (riesgo propio de la actividad empresarial⁸⁰¹) del empresario administrador garante⁸⁰²; (iv)

⁷⁹⁷ Debe aclararse que la hipótesis del actuar en nombre de otro, presente en el art. 31 del CP español, dice respecto al representante que *actúa* en nombre de la persona jurídica, supuesto en que los elementos especiales del tipo de injusto, propios del ente colectivo, se transmiten al mandatario, a efectos de responsabilidad. El supuesto examinado aquí es diverso. Se trata de la *omisión* del administrador respecto de los actos practicados por otros en nombre de la persona jurídica. En este caso, si hay condiciones especiales exigidas por el tipo penal, no encontradas en el administrador, éste no responder como autor, sino como partícipe (cooperador necesario) en comisión por omisión.

⁷⁹⁸ Vid. esp. *supra* Cap. IV, núm. III, apartado C), ítem 4; y Cap. VII, núm. IV.

⁷⁹⁹ Vid. esp. *supra* Cap. VII, núm. V.

⁸⁰⁰ Vid. esp. *supra* Cap. VII, núm. V.

⁸⁰¹ Como lo expresa LASCURAÍN SÁNCHEZ, “(e)l administrador de una empresa podrá responder como autor por el delito de un empleado a favor de la empresa cuando tenga al respecto una posición de garantía por tratarse de un riesgo propio de la actividad productiva de su empresa o

existencia de deberes primarios de garantía (control directo de la fuente de riesgo) o por lo menos, en caso de delegación, de deberes secundarios de garantía⁸⁰³ (supervisión del delegado)⁸⁰⁴; (v) responsabilidad penal *como autor* del tipo de injusto comisivo, a título de omisión impropia, si hay el incumplimiento de la acción garantidora esperada que habría seguramente evitado el resultado (no bastando el mero incremento del riesgo en virtud de la omisión); (vi) responsabilidad penal como partícipe si la acción esperada hubiera evitado sólo la actuación como partícipe de una persona sujeta a la esfera de vigilancia del empresario garante⁸⁰⁵; (vii) responsabilidad penal como partícipe si el tipo de injusto comisivo en cuestión exige condiciones especiales (para el ejecutor) no encontradas en el administrador omitente⁸⁰⁶.

Resta examinar una situación particular –específica del marco empresarial– de participación omisiva. Según la referencia de LASCURAÍN SÁNCHEZ, se trata del

por ser el afectado un bien que se había confiado a la misma”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, op. cit., págs. 272-303, esp. 302 y 303.

⁸⁰² Vid. esp. *supra* Cap. VII, núm. III.

⁸⁰³ El administrador “(i)ncumplirá su deber de garantía si delega mal, si no vigila al delegado o si no le corrige. Si el tipo penal así lo contempla tal responsabilidad podrá serlo por imprudencia”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, op. cit., págs. 272-303, esp. 303.

⁸⁰⁴ Vid. *supra* Cap. VIII.

⁸⁰⁵ Vid. *supra* núm. IV, apartado B), ítem 1).

⁸⁰⁶ Vid. *supra* núm. IV, apartado B), ítem 2).

supuesto en que “(e)l administrador de la empresa responderá como partícipe omisivo si tolera la comisión de un delito a favor de la empresa en un ámbito en el que la misma no es garante”⁸⁰⁷.

En este caso, si la empresa no es garante, ya que el hecho –por ejemplo– se practica en un ámbito ajeno a la organización del ente, aunque a su favor, la responsabilidad del administrador sólo puede subsistir en términos generales, a título de cooperación omisiva con el hecho comisivo del otro. No hay, en esta situación, la posición de garantía propia de la esfera empresarial, que le asignase al administrador un deber especial de impedir el resultado. Subsisten, así, la participación por omisión, admitida por la mayoría de la doctrina española, en virtud de la inexistencia de deberes de garante. En este sentido, el supuesto examinado no constituye propiamente una excepción a la regla general (de autoría en omisión impropia), sino un caso de *no aplicación* de dicha regla.

⁸⁰⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, op. cit., pág. 303.

CONCLUSIONES

A continuación, se recogen las principales conclusiones expuestas en los distintos capítulos de esta investigación:

(1) La comisión por omisión no suscita problemas de causalidad real, sino en lo que se refiere a la conducta activa esperada y exigida del sujeto garante, desde el punto de vista exclusivamente *hipotético*. Así pues, la causalidad de la omisión impropia radica en la hipotética eficacia salvadora de la acción que se espera del titular del deber de garantía. La imputación a título de omisión impropia, por otra parte, se hace conforme a su *equivalencia normativa* con la acción productora del *resultado* del tipo de injusto comisivo, como condición para que se lo impute al sujeto garante, en los términos del artículo 11 del CP español.

(2) La existencia del deber de evitar la producción del resultado penalmente típico radica en una *posición de garantía* cuyas fuentes formales pueden ser la ley, el contrato o la injerencia (actuar peligroso precedente). Dichas fuentes, con todo, representan sólo presupuestos de la posición de garantía, cuyo contenido se completa según otros *requisitos normativos*, en particular la *asunción específica de*

un riesgo desaprobado, actual u objetivamente previsible, que se realiza dentro o en consecuencia de la organización del sujeto garante.

(3) Se sostiene en este trabajo la *equivalencia* entre omisión y acción bajo los siguientes presupuestos y requisitos: (A) *creación o asunción por el sujeto (ámbito de organización, según JAKOBS) de una previa situación de peligro concreto permitido y la previsibilidad de que éste se convierta en riesgo desaprobado, capaz de crear un efecto de abandono y de confianza en el potencial afectado;* (B) *conversión de esa situación de peligro permitido en el previsible y normativamente desaprobado riesgo (o conforme a GIMBERNAT ORDEIG, “desestabilización del foco de peligro”);* (C) *capacidad abstracta de evitación del resultado;* (D) *ausencia de contención (o “aseguramiento”, conforme a JAKOBS) del peligro por parte del sujeto;* (E) *relación de causalidad necesaria entre el peligro desaprobado no contenido y el resultado penalmente típico.* En estos elementos se delimita la *asunción específica de la protección/aseguramiento permitida por la actualidad o por la previsibilidad del riesgo desaprobado y por su separación temporal frente al resultado.* Además, cumple señalar que la *asunción específica del riesgo desaprobado* sólo es posible si hay una *escisión temporal razonable* entre dicho riesgo y el resultado típico.

(4) La imputación objetiva a título de comisión por omisión se restringe a los *delitos de resultado*, sea de lesión o de peligro concreto hacia el bien jurídico protegido. No hay comisión por omisión en los delitos de mera conducta, de peligro abstracto o de peligro hipotético. Sólo un *resultado típico* puede imputársele al omitente.

(5) Los presupuestos y requisitos antes presentados se aplican a la omisión del administrador de la empresa con respecto a los riesgos y resultados acaecidos en su ámbito de organización. Las fuentes formales del deber de garante del empresario se hallan en la ley (Código Civil, Ley de las Sociedades Anónimas), en los estatutos sociales o contratos y en la injerencia, entendida ésta como actuación peligrosa en el ámbito del riesgo permitido. Considerando la multiplicidad y la generalidad de las obligaciones (de muy distinta entidad) del órgano directivo previstas en las fuentes formales, éstas no son suficientes para el perfeccionamiento de la posición de garante. La imputación del resultado del delito al órgano directivo garante se fundamenta en la *competencia de organización*, en la que se realiza la *asunción específica de un riesgo desaprobado*, actual o previsible, siempre bajo la referencia de una fuente formal que previamente contemple el deber de actuar a modos de contención de una fuente de peligro (aseguramiento) y/o de protección de un bien jurídico. Por lo tanto, la imputación del hecho al administrador de empresa se inserta

en el marco de los deberes de garante en virtud de organización, y no, en ningún caso, en el de los deberes de garante en virtud de responsabilidad institucional.

(6) La especificidad de los riesgos inherentes a las sociedades empresariales y la complejidad de su funcionamiento, así como la conveniencia político-criminal de la punición de los centros de decisiones, han generado diversas propuestas de tratamiento diferenciado de la comisión por omisión del órgano directivo. Entre las reflexiones *de lege ferenda*, se destacan la propuesta de sustitución de la fórmula de la causalidad hipotética por la del incremento del riesgo (SCHÜNEMANN), lo que puede conducir a resultados inciertos; y la propuesta de creación de un tipo específico agravado de omisión propia para la punición del administrador de empresa, con independencia del criterio de equivalencia entre omisión y acción (en la doctrina española, PAREDES CASTAÑÓN), lo cual, a su vez, sin duda ofrecería criterios más claros.

(7) La delegación de los deberes de garante, como problema específico de lo empresarial, se hace posible desde que tenga por objeto no la ejecución de tareas concretas, sino *autonomías/competencias* con respecto a sectores determinados. La transferencia de tareas ejecutorias concretas no exime al administrador de responsabilidad, *in vigilando* o *in eligendo*. En otras palabras, la delegación por el administrador de los deberes primarios de garantía (control directo de la fuente de

riesgo desaprobado) no le exime de deberes secundarios de garantía (supervisión del delegado). Por otro lado, la delegación defectuosa, que no permita la delimitación de los roles especiales, ni siquiera le exime al delegante de sus deberes *primarios* de garantía.

(8) La identidad estructural entre la omisión del garante y la acción típica conforma, en la omisión impropia, una responsabilidad penal a título de *autoría*, directa o compartida (coautoría). Hay supuestos especiales, con todo, de participación en omisión impropia: no impedimento por el garante de la actuación del ejecutor como partícipe; no existencia, en el garante, de condiciones especiales exigidas por el tipo penal de injusto comisivo; inexistencia de deberes de garantía *para la empresa*. No se admite la autoría mediata en el ámbito de los delitos omisivos.

Bibliografía

1. *Doctrina*

- ACALE SÁNCHEZ, María, “Los Delitos de Mera Actividad”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 10, 2002.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Atelier, Barcelona, 2010.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, “El factor confianza y la lógica del control en la empresa”, en *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XII, 2/09, 2009.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, “Prevención del delito en la empresa: límites ético-jurídicos en la implementación de sistema de video vigilancia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 11-10, 2009.
- ALDER, G. Stoney, “Ethical Issues in Electronic Performance Monitoring: a consideration of deontological and teleological perspectives”, in *Journal of Business Ethics*, vol. 17, issue 7, May 1998.

- ANDROULAKIS, Nikolaos K., *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Beck, München, 1963.
- ASQUINI, Alberto, “Profili dell’impresa”, en ASQUINI, Alberto, *Scritti giuridici*, vol. 3, Cedam, Padova, 1961.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La Responsabilidad de los Entes Colectivos: el modelo de imputación del Código Penal”, en BACIGALUPO SAGGESE, Silvina / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José / BASALDÚA, Juan Ignacio Echano, *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 21-50.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Akal, Madrid, 1998.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “El Actuar en Nombre de Otro”, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.), *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La Posición de Garante en el Ejercicio de Funciones de Vigilancia en el Ámbito Empresarial”, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.), *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Editorial Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BAKER, John, “The Sociological Origins of ‘White-Collar Crime’”, en *Legal Memorandum*, n. 14, Washington DC, The Heritage Foundation, October 4, 2004.
- BALCARTE, Fabián I. / BERRUEZO, Rafael, *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016.
- BATISTA GONZÁLEZ, María Paz, “La responsabilidad penal de los órganos de la empresa”, en BACIGALUPO, Enrique, *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, trad. de Conrado A. Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.
- BECK, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo Mundial: en busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2007.
- BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

- BELGHOUL, Fabrice, *L'extension de la responsabilité pénale des personnes morales*, Mémoire du DEA de Droit Économique et des Affaires d'Orléans, Orléans, 2003. Disponible en village-justice.com.
- BERMEJO, Mateo G. / PALERMO, Omar, “La intervención delictiva del *compliance officer*”, en MONTIEL, Juan Pablo / KUHLEN, Lothar / URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- BETTIOL, Giuseppe, *Direito Penal*, tradução de Fernando de MIRANDA, Coimbra Editora, Coimbra, 1970, t. II.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, La Ley, Madrid, 2003.
- BLANCO LOZANO, Carlos, “Delitos Societarios”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Tecnos, Madrid, t. II, 2011.
- BOTTKE, Winfried, “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles en la empresa económica”, en MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 129-198.
- CANCIO MELIÁ, Miguel, “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 74, mayo-agosto 2008.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos / MORALES PRATS, Fermín, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 10, Madrid, 2002.
- CARO JOHN, Juan Antonio, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, Lima, 2003.
- CERVINI, Raúl / ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa – desde una visión garantista*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005.
- CERVINI, Raúl, “Macrocriminalidad económica – apuntes para una aproximación metodológica”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 11, jul. / set. 1995.
- COSI OPPO, Giorgio, “Realtà giuridica globale dell’impresa nell’ordinamento italiano”, en COSI OPPO, Giorgio, *Diritto dell’impresa: scritti giuridici*, vol. 1, Cedam, Padova, 1992.
- CUADRADO RUIZ, María Ángeles, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Bosch, Barcelona, 1998.

- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito”, en *InDret* 1, Revista para el Análisis del Derecho, 2011 (accesible en: <http://www.indret.com>).
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2013, núm. 15-03, págs. 1-25.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Tecnos, Madrid, 2011.
- DE FARIA COSTA, José, “La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho Penal)”, trad. de Alejandro Freeland LÓPEZ LECUBE, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Ed. española) / SCHÜNEMANN, Bernd / FIGUEIREDO DIAS, Jorge (Coord.), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1995.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Dir.) / BARRANCO, Norberto J. De la Mata (Coord.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en MORILLAS

- CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Dykinson, Madrid, 2015.
- DE MAGLIE, Cristina, “Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law”, in *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 4, issue 3, Jan. 2005.
 - DE THAN, Claire / HEATON, Russel, *Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
 - DE THAN, Claire / ELVIN, Jesse, “Towards a Rational Reconstruction of the Law on Secondary Participation and Inchoate Offences: Conspiracy”, in REED, Alan (ed.) / BOHLANDER, Michael (ed.), *Participation in Crime: domestic and comparative perspectives*, Ashgate Publishing, Farnham, 2013.
 - DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Omisión de socorro tras accidente fortuito: La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. LV, enero 2002.
 - ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en la teoría del delito*, Universidad de Barcelona – Secretariado de Publicaciones Intercambio Científico y Extensión Universitaria, Barcelona, 1976.
 - FARALDO CABANA, Patricia, “La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal español”, en ANITUA, G. I., y otros (Coord.), *Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2012.

- FARALDO CABANA, Patricia, “Formas de Autoría y Participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su Equivalencia en el Derecho Penal Español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 16, 2005.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Autoría y participación en estructuras empresariales complejas”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.) / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas redondas de derecho y economía*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 40, 2007.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e Ragione – Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 2004.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982 (arts. 287 e 288)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988.
- FOCARDI, Sergio M. / JONAS, Caroline, *Risk Management: Framework, Methods, and Practice*, Frank K. Fabozzi Associates, New Hope (Pennsylvania), 1998.

- FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996.
- FRISCH, Wolfgang / ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalorar e Imputar: Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004.
- GALLEGO SOLER, José-Ignacio, “Criterios de Imputación de la Autoría en las Organizaciones Empresariales”, en GIMENO JUBERO, Miguel Ángel (Dir.), *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999.
- GARCÍA CAVERO, Percy, “Otra vez sobre sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular”, en InDret 3/2006, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, jul. 2006.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (Dir.), *La comisión por omisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIV, 2001, IV, págs. 5-26.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico, Parte General y Especial*, Editorial B de F, Madrid, 2014.
- GÓMEZ MARTÍN, Victor, “Compliance y derechos de los trabajadores”, en MONTIEL, Juan Pablo / KUHLEN, Lothar / URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- GÓMEZ RIVERO, María Carmen, *El fraude de subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial: la tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Compliance penal y política legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos”, en *InDret3*, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2016.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “La comisión por omisión en el Derecho Penal español”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La comisión por omisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- GRASSO, Giovanni, *Il Reato Omissivo Improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983.
- GRIMES, Jonathan / NIBLOCK, Rebecca / MADDEN, Lorna, “Corporate Criminal Liability in the UK: the introduction of deferred prosecution agreements, proposals, for further change, and the consequences for officers and senior managers”, in *Multi-Jurisdictional Guide 2013/2014, Corporate Crime, Fraud and Investigations*, Association of Corporate Counsel, 2014. Disponible en global.practicallaw.com.

- HASNAS, John, “Managing the Risks of Legal Compliance: Conflicting Demands of Law and Ethics”, in *Loyola University of Chicago Law Journal*, vol. 39, issue 3, 2008.
- HASSAN, Waël / LOGRIPPO, Luigi, “Requirements and compliance in legal systems: a logic approach”, in *Requirements Engineering and Law*, 2008.
- HASSEMER, Winfried, “La medida de la Constitución”, en CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / ORTS BERENGUER, E. (Directores) / CUERDA ARNAU, M. L. (Coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, trad. de Eduardo Salazar Ortuño, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), *RECPC 04-14*, 2002, págs. 1-13.
- HEINE, Günther, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, en POZO, José Hurtado (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Anuario Derecho Penal '96, Grijley, 1997.
- JAKOBS, Günther, “¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal”, trad. de Miguel POLAINO-ORTS, en

- JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Bien Jurídico, Vigencia de la Norma y Daño Social*, Ara Editores, Lima, 2010.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis Serrano GONZÁLEZ DE MURILLO, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
 - JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, traducción de Enrique PEÑARANDA, Carlos J. SUÁREZ y Miguel CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1997.
 - JAKOBS, Günther, “La omisión: estado de la cuestión”, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en ROXIN, Claus / JAKOBS, Günther / SCHÜNEMANN, Bernd / FRISCH, Wolfgang / KÖHLER, Michael, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universität Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 131 a 153.
 - JAKOBS, Günther, “¿Derecho Penal del Enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Civitas, Madrid, 2008.
 - JAKOBS, Günther, “Teoría y Praxis de la Injerencia”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999.

- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, volumen II, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1978.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 16-08, 2014. Disponible en <http://criminet.ugr.es>.
- JORGE BARREIRO, Agustín, “Omisión e Imprudencia: Comisión por omisión en la imprudencia: en la construcción y en la medicina en equipo”, en ORDEIG, Enrique Gimbernat (Dir.), *La Comisión por Omisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1959.
- KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los Delitos de Omisión*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006.
- KINGSBURY, Benedict, “The Concept of Compliance as Function of Competing Conceptions of International Law”, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, 1998.

- KISS, Alejandro, “Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo ‘adelantado’?”, en *InDret 1*, Revista para el Análisis del Derecho, enero de 2015.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La Responsabilidad Penal Individual por los Delitos de Empresa”, en NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- LYRA, Roberto, *Criminologia*, Forense, Rio de Janeiro, 1964.
- LÓPEZ MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada: aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015.
- LOZANO, Carlos Blanco, *Derecho Penal, Parte General*, La Ley, Madrid, 2003.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, en *Poder Judicial*, núm. 2, 1986.
- MANFRIN, Federico, *Il sistema impresa-azienda. Nella sua natura economica e giuridica*, Cedam, Padova, 2011.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel, “La protección penal de la flora y la fauna”, en MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio (Dir.), *Derecho Penal Ambiental*, Exlibris, Madrid, 2006.
- MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, “Introducción al Derecho Penal Ambiental”, en MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio (Dir.), *Derecho Penal Ambiental*, Exlibris, Madrid, 2006.
- MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, *Derecho Penal Económico*, Montecorvo, Madrid, 1987.
- MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, *El delito de contaminación acústica*, Iustel, Madrid, 2010.
- MEINI, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MENDOZA BUERGO, Blanca, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 9, Madrid, 2002.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2004.
- MITCHELL, Barry, “Participating in Homicide”, in REED, Alan (ed.) / BOHLANDER, Michael (ed.), *Participation in Crime: domestic and comparative perspectives*, Ashgate Publishing, Farnham, 2013.

- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “Delitos contra la salud pública”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 2010.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2011.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.) / DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coord.), *Temas Actuales de Investigación en Ciencias Penales: memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales: 26, 27 y 28 de octubre de 2009*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2010, págs. 408-427.

- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, en GIL GIL, Alicia (Dir.) / MACULAN, Elena (Coord.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional: Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, 2013.
- NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en MONTIEL, Juan Pablo / KUHLEN, Lothar / URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los Delitos de Omisión*, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- NUÑEZ CASTAÑO, María Elena, *Responsabilidad Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- PAREDES CASTAÑON, José Manuel, “La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones *de lege ferenda*”, en

- CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.
- PAZ BATISTA GONZÁLEZ, María, “La responsabilidad penal de los órganos de la empresa”, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.
 - PEÑA CABRERA, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Código Penal Peruano)”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 11, jul./set. 1995.
 - PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Introducción al Derecho Penal Económico”, en BACIGALUPO, Enrique, *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
 - POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, vol. I, t. II, Bosch, Barcelona, 2000.
 - POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.
 - POLAINO NAVARRETE, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado*, Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos, n. 32, Bogotá, 2004.

- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, t. II, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2016.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Bien Jurídico, Vigencia de la Norma y Daño Social*, Ara Editores, Lima, 2010.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Teoría General del Crimen Internacional: una exposición programática de su previsión en el Estatuto de Roma”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Derecho Penal Internacional*, Ed. Digital tres, Sevilla, 2013.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal como Sistema de Autodeterminación Personal*, Ara Editores, Lima, 2012.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo. Materiales docentes*, 2ª edición, Mergablum, Sevilla, 2012.
- POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal Funcionalista. Aspectos Fundamentales*, México, Flores Editor, 2014.
- PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso, “La responsabilidad de las personas jurídicas”, en BASALDÚA, Juan Ignacio Echano (Dir.), *La reforma del Código*

- penal a debate, Cuadernos Penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2016.
- PRITTWITZ, Cornelius, “Derecho Penal del Riesgo y Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* (en línea), RDMCP-UCR, Universidad de Costa Rica, núm. 6, 2014.
 - PRITTWITZ, Cornelius, “La Criminalidad de los Poderosos”, en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* (en línea), RDMCP-UCR, Universidad de Costa Rica, núm. 6, 2014.
 - PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad de Riesgo y Derecho Penal”, en ARROYO ZAPATERO, Luis / NEUMANN, Ulfrid / MARTÍN, Adán Nieto (Coord.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
 - PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993.
 - RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva”, en *Nuevas tendencias del Derecho Penal económico y de la empresa*, Ara Editores, Lima, 2005.

- RANDO CASERMEIRO, Pablo, “Delitos contra el mercado y los consumidores”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2011.
- REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo, “Principio Constitucional de Legalidad y Expansión del Sistema Penal: niveles de efectividad de la garantía de reserva legal en el Derecho Penal del riesgo”, en BONAVIDES, Paulo (Dir.), *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 15, ano 13, mayo 2014.
- REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo, “A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês”, en *Revista Opinião Jurídica*, vol. 6, núm. 10, Faculdade Christus, Fortaleza, 2008.
- REQUEJO CONDE, Carmen, “Delitos de Riesgo Catastrófico”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 2010.
- REQUENA JULIANI, Jaime, “La posición de garante del empresario”, en BACIGALUPO, Enrique, *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, “Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Especies de riesgo permitido en la intervención en el delito”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.), *¿Libertad económica o*

- fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, en *InDret 2, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2012.
 - ROBLES PLANAS, Ricardo, “Principios de imputación en la empresa”, en BACIGALUPO SAGGESE, Silvina / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José / BASALDÚA, Juan Ignacio Echano, *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.
 - RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte General*, 7ª edición, Carasa, Madrid, 1979.
 - RODRÍGUEZ LÓPEZ, Manuel / PIÑEIRO SÁNCHEZ, Carlos / LLANO MONELOS, Pablo de, “Mapa de Riesgos: Identificación y Gestión de Riesgos”, en *Atlantic Review of Economics*, vol. 2, 2013.
 - RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Rioja*, núm. 11, 2013.
 - RÖTHIG, Andreas, *Microeconomic Risk Management and Macroeconomic Stability*, Springer, London / New York, 2009.

- ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, traducción de la novena edición alemana (2015) por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis Serrano GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la 6ª edición por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, traducción de Justa GÓMEZ NAVAJAS, en *Revista Penal*, núm. 18, 2006.
- ROXIN, Claus, “Injerencia e Imputación Objetiva”, traducción de Raúl PARIONA ARANA, en *Revista Penal*, núm. 19, 2007.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Die Gleichstellungsproblematik der Unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1966.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Zweiter Abschnitt. Die Tat (§§ 13 – 37). Grundlagen der Strafbarkeit (§§ 13 – 21)”, en RUDOLPHI, Hans-Joachim / HORN, Eckhard / SAMSON, Erich / SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, band I (Allgemeiner Teil - §§ 1 – 79b), Alfred Metzner Verlag GmbH, Frankfurt am Main.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *Derecho Mercantil: grado en relaciones laborales y recursos humanos*, Diego Marín, Murcia, 2013.

- SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, trad. de Daniela BRÜCKNER y Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ, en SAGGESE, Silvina BACIGALUPO / SÁNCHEZ, Bernardo José FEIJOO / BASALDÚA, Juan Ignacio ECHANO (Coord.), *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971) por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis Serrano GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1971.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “La responsabilidad de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Director) / BACIGALUPO, Silvina / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coordinadores), *Constitución europea y Derecho Penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, traducción de

Beatriz SPÍNOLA TÁRTALO y Mariana SACHER, en *DialNet*, 2002, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429556>.

- SCHÜNEMANN, Bernd, “Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos”, en TIEDEMANN, Klaus (Director) / NIETO MARTÍN, Adán (Coordinador), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 38, 1989.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “‘Comisión’ y ‘Omisión’. Criterios de Distinción”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (Dir.), *La comisión por omisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, en MONTIEL, Juan Pablo / KUHLEN, Lothar / URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, Editorial B de F, Madrid, 2016.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001.
- STAMPA BRAUN, José María / BACIGALUPO, Enrique, *La Reforma del Derecho Penal Económico Español*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.
- SUTHERLAND, Edwin H., “Is ‘White-Collar Crime’ a Crime?”, en *American Sociological Review*, Vol. 10, N. 2, 1944 Annual Meeting Papers, Apr. 1945.
- SUTHERLAND, Edwin H., *White-Collar Crime*, New Haven (CT), Yale University Press, 1983.
- SUTHERLAND, Edwin H., “White-Collar Criminality”, en *American Sociological Review*, n. 1, vol. 5, Feb. 1940.
- SWEETING, Paul, *Financial Enterprise Risk Management*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho Penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.
- TIEDEMANN, Klaus, “La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo”, en *Revista Penal*, núm. 5, Huelva, 2000.

- TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993.
- TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, traducción coordinada por Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ (Parte General) y Adán NIETO MARTÍN (Parte Especial), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Comparado”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 11, jul./set. 1995.
- TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en POZO, José Hurtado (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Anuario Derecho Penal '96, Grijley, 1997.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *ADPCP*, tomo XXXIV, fasc. II y III, Madrid, mayo-diciembre 1981.
- WOLFF, Ernst Amadeus, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Carl Winter – Universitätsverlag, Heidelberg, 1965.
- VAN SLIEDREGT, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

- VON LISZT, Franz, *Tratado de Direito Penal Allemão*, F. Briguiet & C Ed., Rio de Janeiro, 1899.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Culpables, millonarios e impunes: el difícil tratamiento del delito de cuello blanco”, en *Rev. IUS*, Puebla, v. 9, n. 35, jun. 2015.

2. Documentos – legislación

- Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, 26 de julio de 1995, Consejo de la Unión Europea, Luxemburgo, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 27 de noviembre de 1995.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, Roma, 17 de julio de 1998.

- Recommendation R (88) – 18, du 20 octobre 1988, Conseil d’Europe, Comité des Ministres, Strasbourg, Conseil d’Europe, Division des publications et des documents, 1990.
- US Sentencing Guidelines, *Effective Compliance and Ethics Program*, § 8B2.1, in *2016 Guidelines Manual*, US Sentencing Commission, Washington, DC, Nov. 2016. Disponible en www.ussc.gov.

3. Jurisprudencia

- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS de 23.IV.1992, Ponente: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.
- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS de 26.III.1994, Ponente: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.
- Tribunal Constitucional, STC 136/1999, 20.VII.1999, Ponente: PI-SUNYER, Carles Viver.
- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 3/1999, 9.XII.1999, Ponente: PUERTA LUIS, Luis Román.
- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 1828/2002, 25.X.2002, Ponente: SÁNCHEZ MELGAR, Julián.

- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 864/2008, 16.XII.2008, Ponente: DELGADO GARCÍA, Joaquín.
- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 257/2009, 30.III.2009, Ponente: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.
- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 4946/2009, 13.VII.2009, Ponente: PUERTA LUIS, Luis Román.
- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 234/2010, 11.III.2010, Ponente: MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel Colmenero.
- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 1193/2010, de 24.II.2011, Ponente: MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel Colmenero.
- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 514/2015, 2.IX.2015, Ponente: MARCHENA GÓMEZ, Miguel.
- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 154/2016, 29.II.2016, Ponente: MAZA MARTÍN, José Manuel.
- Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Penal, STS 5464/2016, 15.XII.2016, Ponente: VARELA CASTRO, Luciano.
- Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, STS 87/2017, 20.I.2017, Ponente: GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón Berdugo.
- Corte Suprema de los Estados Unidos de América: *United States v. Park*, 421 U.S. 658, June 9, 1975, p. 421, U.S 673-674.